Die Rechtsnormen über das Verfahren im Sinne des § 380 StPO.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

Hans Bouvier

aus Düsseldorf.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1914.

Referent: Geheimrat Prof. Dr. Wachenfeld.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

I. Hand- und Lehrbücher, Kommentare, Abhandlungen.

Abegg, Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen.
v. Bar, über die rechtliche Natur des Strafantrags des Verletzten bei den sogen. Antragsdelikten. In GoltdArch. Bd. 19.
Beling, Strafprozeßrecht. In Holtzendorffs Enzyklopädie 1904.
Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1900.
Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1898.
Berner, Der Grundsatz ne bis in idem im Strafprozeß. 1891.
Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. 1885.
Binding, Normen. Bd. 1. 1890.
Binding, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts. 1904.
Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht. 1898.
Bluhm, Die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über den Strafantrag im Verhältnis zu § 380 StPO. 1908.
Dalcke, Strafrecht und Strafprozeß. 1912.
Eisler, Die Prozeßvoraussetzungen im österreichischen Strafprozeß.
Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1904.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1907, 1912.
Francke, Das deutsche Strafgesetzbuch und die Strafsachen aus Handlungen der Zeit vor dessen Gesetzeskraft. In GoltdArch. Bd. 20.
Gerland, Die verschiedenen Formen der Strafverfolgung. Im GerS. Bd. 47.
Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts. 1880.
Glaser, Handbuch des Strafprozesses. 3 Bde. 1883, 1885, 1909.
Hahn, Materialien der Strafprozeßordnung und zum Einführungsgesetz v. 1. 6. 1877. 1886.
Hayn, Der Grundsatz ne bis in idem und § 380 StPO. 1909.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 1. 1881.
Hellwig-Dochow, Der Reichsstrafprozeß. 1890.
v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1879. (zit.: HHPr.)

v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. 1871—1877. (zit.: HHStr.)

John, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1884—1889.

v. Kirchenheim, Die rechtliche Natur der Antragsdelikte. 1877.

Klebs, Zur Lehre von den sogen. Antragsverbrechen und -vergehen. In GoltdArch. Bd. 19.

Koch, Das Antragsvergehen. In GoltdArch. Bd. 19.

Kohler, Deutsches Patentrecht. 1878.

Köhler, Die Lehre vom Strafantrage. 1899.

Kolisch, Strafprozeßordnung. Kommentar. 1898.

v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1892.

v. Kries, Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und Strafprozesses nach den Bestimmungen der deutschen Reichsgesetze. 1880.

Lamm, Das Rechtsmittel der Revision im Strafprozeß. 1881.

Lehmann, Zur Lehre vom Strafantrage. 1881.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.

Löwe-Hellweg, Die Strafprozeßordnung. Kommentar. 1913.

Löwenstein, Einlegung und Begründung der Revision in Strafsachen. 1900.

Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. Bd. 2. 1912.

Mamroth, Strafprozeßordnung. Kommentar. 1900.

Merkel, Lehrbuch des Strafrechts. 1889.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1912.

Nessel, Die Antragsberechtigungen des deutschen Reichsstrafgesetzbuches. 1873.

Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1912.

Planck, J. W., Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848. 1857.

Puchelt, Strafprozeßordnung. 1881.

Reber, Die Antragsdelikte des deutschen Strafrechts. 1873.

v. Risch, Über den rechtlichen Charakter der Kriminalverjährung. Im GerS. Bd. 36.

v. Rönne, Über den Grundsatz der rückwirkenden Kraft des milderen Strafgesetzes und seine Anwendung auf die sogen. Antragsdelikte. In GoltdArch. Bd. 19.

Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1892.

Samuely, Zur Lehre von den Antragsdelikten. Im GerS. Bd. 32.

Schmidt, Der § 380 der deutschen Strafprozeßordnung. 1885.
Schmidt, Zur Lehre von der Zulässigkeit der Rechtsmittel. In GoltdArch. Bd. 39.
Schütze, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. 1869.
v. Specht, Das mildere Strafgesetz mit Rücksicht auf die Antragsdelikte. In GoltdArch. Bd. 19.
Stenglein, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1887.
Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung. 1898.
Stenographische Berichte des Reichstags des Norddeutschen Bundes. 1. Leg.-Per. 1870. Bd. 3.
Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1893.
Vergleichende Darstellung des deutschen und außerdeutschen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform 1905. Allgemeiner und Besonderer Teil. (zit.: Vergl. Darst.)
v. Wächter, Vorlesungen über deutsches Strafrecht.
Zitzlaff, Die strafprozessuale Rechtsregel ne bis in idem im Lichte der Judikatur des Reichsgerichts. In GoltdArch. Bd. 42.

II. Entscheidungen und Zeitschriften.

Annalen der Großh. Bad. Gerichte. (zit.: BadAnn.)
Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden. (zit.: SächsOLG.)
Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer. (zit.: GoltdArch.)
Badische Rechtspraxis. (zit.: BadRpr.)
Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt. (zit.: ThürBl.)
Der Gerichtssaal. (zit.: GerS.)
Deutsche Juristenzeitung. (zit.: DJZ.)
Entscheidungen des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Strafsachen. (zit.: HansESt.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofs. (zit.: E.)
Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht. (zit.: GrünhutsZ.)
Hessische Rechtsprechung. (zit.: HessRspr.)
Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege. (zit.: WürttJ.)
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen. (zit.: KGJ.)
Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen. (zit.: ElsLothrZ.)

Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft. (zit.: MecklZ.)
Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft. (zit.: R.)
Rheinisches Archiv. (zit.: RheinArch.)
Sammlung von Entscheidungen des Kgl. Oberlandesgerichts München in Gegenständen des Strafrechts und Strafprozesses. (zit.: OLGMünchenSt.)
Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen. (zit.: BayObLGSt.)
Schleswig-Holsteinische Anzeigen. (zit.: SchlHolstAnz.)
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. (zit.: ZStW.)
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. Herausgegeben von Th. v. d. Pfordten. (zit.: BayZ.)
Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig. (zit.: BraunschwZ.)

I.

Der Entwurf zu einer Strafprozeßordnung, der im Oktober 1874 dem Reichstage vorgelegt wurde, gab in § 299 gegen die Urteile der Schöffengerichte, Strafkammern und Schwurgerichte lediglich das Rechtsmittel der Revision.[1]) In der Reichstagskommission entschied man sich dafür, gegen die Urteile der Schöffengerichte die Berufung zuzulassen,[2]) wodurch man vor die Frage gestellt wurde, ob die Urteile der Berufungsgerichte selbst der Revision unterliegen sollten. Diese Frage wurde nicht glatt bejaht oder verneint, vielmehr wurde auf Antrag des Abgeordneten Struckmann und Genossen[3]) ein Mittelweg eingeschlagen, der zu dem jetzigen § 380 StPO. führte.

Zur Begründung seines Antrages führte der Abgeordnete Struckmann aus,[4]) die Einführung der Revision auch gegen die Berufungsurteile der Strafkammern sei im Interesse einer einheitlichen Rechtspflege erforderlich, dagegen seien die Revisionsgründe auf das Gebiet des materiellen Strafrechts zu beschränken, weil das Bedürfnis der Wahrung der Rechtseinheit in bezug auf prozessualische Fragen hier nicht vorliege und für das Interesse der Parteien durch Gewährung eines Rechtsmittels genügend gesorgt sei. Daher wolle er eine Revision wegen Ver-

---

1) Hahn, Mat. S. 250.
2) Hahn S. 1581.
3) Hahn S. 1463.
4) Hahn S. 1463/64.

letzung einer Rechtsnorm über das Verfahren (§ 305 Abs. 2, jetzt § 384 Abs. 2), abgesehen von der durch die Natur der Sache gerechtfertigten Ausnahme der Fälle des § 319 (jetzt § 398), ausgeschlossen wissen.

Die Beschränkung der Revision auf materielle Rechtsverletzungen wurde in der Kommission scharf bekämpft; es wurde vor allem darauf hingewiesen, daß es an einer „sachlichen Berechtigung für die Unterscheidung von Rechtsnormen materiellen Inhalts von solchen, welche das Verfahren betreffen“, fehle, und auf die große Schwierigkeit, „die Grenze zwischen beiden Kategorien mit Genauigkeit zu ziehen“. Der Abgeordnete v. Schwarze, der selbst den Antrag mitgestellt hatte, meinte sogar,[1] „vom wissenschaftlichen Standpunkt aus erscheine das Ganze so widerspruchsvoll, daß die Frage, ob das in dieser Weise gestaltete Institut lebensfähig sei, vorerst unentschieden bleiben müsse“. „Einer Ausdehnung der Revision auf die essentiellen Formverletzungen würde Redner eigentlich beipflichten“, „allein er wolle davon absehen, weil dadurch das dem Antrage Struckmann zugrunde liegende Prinzip durchbrochen werde“.

Trotz dieser erheblichen Bedenken wurde der Antrag in der Kommission angenommen.

Da weder im Bundesrat noch im Reichstage Abänderungsvorschläge in bezug auf diesen Paragraphen gemacht wurden, so wurde er schließlich ohne Widerspruch auch im Plenum angenommen.

Der Paragraph lautet jetzt also (§ 380):

„Gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile der Landgerichte kann die Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren

---

[1]) Hahn S. 1465.

nur auf Verletzung der Vorschrift des § 398 gestützt werden".

Es erscheint befremdlich, daß gegen die Urteile der Schöffengerichte zwei Rechtsmittel — Berufung und Revision — gegeben sind, gegen die Urteile der Strafkammern und Schwurgerichte dagegen nur das eine Mittel der Revision möglich ist. Anfangs wollte man in der Kommission gegen die Urteile der Schöffengerichte auch nur das Rechtsmittel der Berufung an die Strafkammern zulassen. Da aber bei der Vielheit der Strafkammern, die ja als Berufungsgerichte letzte Instanz gewesen wären, an einheitliche Rechtsprechung nicht zu denken ist, brachte der Abgeordnete Struckmann, um diesem Mißstande wenigstens auf dem Gebiete des für wichtiger erachteten materiellen Rechtes abzuhelfen, seinen Vermittlungsvorschlag ein, der schließlich zur Einfügung des § 380 führte.

Dieser Zweckbestimmung, die ihn ins Leben gerufen hat, ist der § 380 in keiner Weise gerecht geworden.

Die Revision gegen die Berufungsurteile der Landgerichte geht — mit Ausnahme der Fälle von § 136 Abs. 2 GVG. — an die Oberlandesgerichte. Schon in der Kommissionsberatung hatte der Abgeordnete Dr. Lasker darauf hingewiesen,[1] „es enthalte keine bessere Lösung des Problems, wenn die endgültige Entscheidung statt den Landgerichten den Oberlandesgerichten zugewiesen werde". Denn es war vorauszusehen, daß innerhalb der großen Anzahl deutscher Oberlandesgerichte eine einheitliche Auffassung von einer so ungenau redigierten und unklaren Gesetzesbestimmung nicht erzielt werden würde. Ein Vergleich der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zu § 380 ergibt dann auch die größten Verschiedenheiten.

[1] Hahn S. 212, 251.

nicht nur in der Rechtsprechung der einzelnen Gerichte, sondern sogar der Senate ein und desselben Gerichts.

Diese Verschiedenheit in der Rechtsprechung hat ihren Grund darin, daß man sich nicht darüber einig ist, was alles unter „Rechtsnormen über das Verfahren" im Sinne des § 380 StPO. zu verstehen ist.

Rechtsnorm im Sinne des Strafgesetzbuches ist jeder Rechtssatz — und zwar nicht nur auf dem Gebiete des Strafrechts und -prozesses —, den ein deutscher Richter überhaupt anzuwenden hat. Nach den Motiven und nach allgemein anerkannter Meinung wird „der Ausdruck ‚Rechtsnormen' hier im weitesten Sinne verstanden. Er umfaßt nicht bloß die ausdrücklichen Bestimmungen der Gesetze, sondern auch alle Grundsätze, welche sich aus dem Sinne und Zusammenhange der gesetzlichen Vorschriften ergeben". Es gehören also hierher die gewohnheitsrechtlichen und durch Analogie gewonnenen Rechtssätze, aber auch die gehörig verkündeten Staatsverträge und die mit Gesetzeskraft erlassenen Verordnungen.

Die Rechtsnormen teilt die Strafprozeßordnung wieder ein in „Rechtsnormen über das Verfahren" und „andere Rechtsnormen";[1]) sie schweigt aber darüber, was sie unter Rechtsnorm über das Verfahren versteht, wo also die Grenze zwischen diesen beiden Arten von Rechtsnormen zu ziehen ist. Darin, daß sie das tut, ist auch die Schwierigkeit in der Auslegung und Anwendung des § 380 begründet, welche, wie oben angedeutet, die schwankende Rechtsprechung zur Folge gehabt hat. Schon in der Kommission war man sich darüber klar, daß die Grenze zwischen „Rechtsnormen über das Verfahren" und „anderen Rechtsnormen" äußerst schwer zu finden sei. Durch die

---

[1]) vgl. die S. 1, 2 angeführten Stellen bei Hahn.

dort gemachte Gegenüberstellung von „Mängeln in der Entscheidung selbst" und „Mängeln in dem ihr zugrunde liegenden Verfahren" kann auch keine scharfe Grenze zwischen Rechtsnormen über das Verfahren und andere Rechtsnormen geschaffen werden. Zu den „anderen Rechtsnormen" gehört jedenfalls das gesamte materielle Recht, und zwar nicht nur insoweit, als es dem materiellen Strafrecht, sondern auch dem Zivilrecht und anderen Rechtsgebieten angehört.

Die Schwierigkeit liegt in der Beantwortung der Frage, ob im Sinne des § 380 zu den Rechtsnormen über das Verfahren das gesamte Strafprozeßrecht gehört oder nur das sogen. formelle Prozeßrecht, während das sogen. materielle Prozeßrecht den „anderen Rechtsnormen" zuzuzählen wäre.

Die Unterscheidung in materielles und formelles Prozeßrecht, welche wohl allgemein anerkannt ist,[1] ergibt sich aus der Erwägung, daß ein Teil der Prozeßnormen sich bei näherer Untersuchung als „materielles Recht herausstellt, welches durch prozessuale Voraussetzungen und Wechselfälle bedingt ist".[2] Als Beispiele hierzu dienen Vorschriften über das Beweisrecht, die Verteidigung, Strafverfolgung usw.[3] Demgegenüber haben Verstöße gegen Normen des formellen Prozeßrechtes „bloße Formfehler"[4] im Gefolge.

Daß der § 380 StPO. den Ausdruck „Rechtsnormen über das Verfahren" im weiteren, das materielle und

---

[1]) Zuerst von Abegg im Neuen Arch. f. Krim. Bd. 13 S. 498 und Zachariä, über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze S. 54ff.

[2]) s. Glaser, Handb. Bd. 1 S. 279.

[3]) Planck, System. Darst. S. 117, 150ff.

[4]) Schmidt, Zur Lehre von der Zulässigkeit der Rechtsmittel, in GoltdArch. Bd. 39 S. 266.

formelle Prozeßrecht umfassenden Sinne gebraucht, erhellt aus folgender Ausführung:

Die beiden in § 398 enthaltenen Rechtssätze, auf die § 380 verweist und die er ausdrücklich zu den Rechtsnormen über das Verfahren rechnet, gehören nicht zum formellen, dem Urteil vorausgehenden Verfahren, sondern, da sie „von der Wirkung einer richterlichen Entscheidung handeln“,[1]) zum materiellen Prozeßrechte. Die Bestimmung des § 398 Abs. 2 würde sogar als Vorschrift über die teilweise Rechtskraft eines Urteils als rein materiellrechtliche Norm angesehen werden müssen, wenn das Gesetz sie nicht ausdrücklich zu einer Vorschrift über das Verfahren stempelte.

Diese sich aus dem Wortlaute des Gesetzes ergebende Auffassung wird durch die Entstehungsgeschichte des § 380 bestätigt. Der Antrag Struckmann wurde in der Kommission in dem Sinne angenommen, daß „in bezug auf die Verletzung von Prozeßvorschriften“ die Revision ausgeschlossen sein sollte. Demgemäß betont der Bericht der Kommission auch ausdrücklich [2]): „Dieser Ausschluß der Revision erstreckt sich auch auf die in § 301 (jetzt § 377) speziell aufgeführten Revisionsgründe“. Aber gerade diese in § 377 aufgeführten Revisionsgründe gehören zumeist dem materiellen Strafprozeßrecht an.

Aus diesen beiden Gründen geht hervor, daß die „Rechtsnormen über das Verfahren“ im Sinne des § 380 StPO. das ganze Gebiet des Strafprozeßrechtes umfassen und sich nicht lediglich auf das formelle Strafprozeßrecht beschränken. Angesichts des Umstandes, daß der in § 380 enthaltene Ausschluß der Revision gegen die Berufungs-

---

[1]) Schmidt in GoltdArch. Bd. 39 S. 267.

[2]) Hahn a. a. O. S. 1584.

urteile wegen Mängel des Verfahrens nach allgemeiner Ansicht [1]) einen der erheblichsten Mißgriffe der Strafprozeßordnung darstellt, mag es vielleicht praktisch empfehlenswert sein, „diese perverse Bestimmung so eng wie möglich auszulegen und alle Rechtssätze auf der Grenze von materiellem und Prozeßrecht . . . nicht als reine Vorschriften über das Verfahren zu betrachten".[2]) Da sich dieses jedoch nicht, wie dargelegt, mit dem Willen des § 380 in Einklang bringen läßt, so wird man, solange dieser Paragraph noch in seiner jetzigen Fassung existiert, in Zweifelsfällen jedesmal zu prüfen haben, ob die fragliche Bestimmung ihrem Wesen nach materieller oder prozeßrechtlicher Natur ist.

II.

Wie nach der Fassung des § 380 und bei der Bedeutung der Möglichkeit eines weiteren Rechtsmittels zu erwarten war, hat sich in Wissenschaft und Praxis ein lebhafter Streit darüber erhoben, welche Vorschriften als Rechtsnormen über das Verfahren anzusehen sind.

Keine Schwierigkeiten bieten bei der Beurteilung diejenigen Bestimmungen, die auf den ersten Blick als prozessuale Normen erkennbar sind.

Hierhin gehören z. B. die Vorschriften über die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Gerichte,[3]) über ihre

[1]) So z. B. Löwe Anm. 9 zu § 380; Binding, Grundriß S. 265; Puchelt, StPO. Anm. 3 zu § 380.

[2]) Binding, Grundriß S. 265.

[3]) Löwe N. 3b; Dalcke Anm. 43 zu § 380; Schmidt S. 24; RG. in JW. Bd. 38 S. 523 Nr. 35; OLG. Colmar in ElsLothrZ. Bd. 11 S. 273, Bd. 12 S. 503; OLGMünchenSt. Bd. 10 S. 348; GoltdArch. Bd. 45 S. 161.

vorschriftsmäßige Besetzung, die Ausschließung (§§ 377 Nr. 2, 22 u. 23 StPO.) und Ablehnung von Gerichtspersonen [1]) (§§ 377 Nr. 3, 24 ff. StPO.); ferner das Erfordernis, daß das Urteil mit Entscheidungsgründen zu versehen ist, und die weiteren darüber in den §§ 266, 373 StPO. enthaltenen Bestimmungen.[2]) Wenn so das Fehlen der Entscheidungsgründe keinen Revisionsgrund gibt, kann auch nicht gerügt werden, daß das Urteil nicht gehörig begründet (§ 266 Abs. 1 Satz 2) oder seine tatsächlichen Feststellungen (Satz 2) nicht ordnungsmäßig angegeben seien.[3])

Ebenso verletzt ein Urteil, das über die Kosten überhaupt nicht entscheidet, nur die formelle Vorschrift des § 496 StPO.,[4]) während andererseits die Frage, wer die Kosten zu tragen hat, eine Frage des materiellen Rechts ist.[5])

Auch dann ist zu einer Revision kein Anlaß gegeben, wenn die Hauptverhandlung in Abwesenheit der Staats-

---

[1]) Schmidt S. 23; Löwe N. 3c zu § 380.

[2]) v. Kries S. 252; Schmidt S. 25 und die dort zitierten zahlreichen Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte; and. M. zwei ältere Entscheidungen der OLG. Cassel v. 17. 4. 1880 und Frankfurt v. 20. 1. 1833.

[3]) Schmidt S. 26. Im letzteren Falle sind anderer Meinung: OLG. Celle v. 8. 2., 26. 4. u. 14. 12. 1881, 28. 6. u. 15. 11. 1882, 19. 9. 1883 u. 6. 2. 1884 — weil ohne solche Feststellung die Grundlage für die Anwendung des Strafgesetzes fehle —; Königsberg v. 17. 11. 1880 u. 20. 12. 1884; Stettin v. 28. 1. 1880; SächsOLG. Bd. 3 S. 504 — weil die Bestimmung zugleich eine materiell-prozessuale Bedeutung habe; diese letztere Begründung ist schon deshalb verfehlt, weil, wie S. 6 ausgeführt, die Normen über das Verfahren sowohl formell- wie materiell-prozessuale Normen umfassen.

[4]) Dalcke Anm. 47 zu § 380; GoltdArch. Bd. 40 S. 462; KG. in DJZ. Bd. 12 S. 190.

[5]) Löwe N. 4; Stenglein N. 3 zu § 380; Schmidt S. 22; RG. in GoltdArch. Bd. 54 S. 483; OLG. Breslau ebenda Bd. 40 S. 462; BayObLGSt. Bd. 8 S. 27; OLG. Jena v. 15. 3. 1911.

anwaltschaft oder einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt, stattgefunden hat (§ 377 Nr. 5 StPO.), oder wenn die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind (§ 377 Nr. 6 StPO., § 170 GVG.).[1])

Zu den Normen über das Verfahren gehören weiter die Vorschriften über die Verteidigung; es kann also, selbst wenn diese in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkte durch einen Beschluß des Gerichts unzulässig beschränkt wurde (§ 377 Nr. 8), dies mit der Revision nicht geltend gemacht werden.[2])

Auch die Vorschriften über die Zulässigkeit der Berufung sind als Normen über das Verfahren anzusehen,[3]) so daß z. B. die Behauptung, daß § 370 StPO. verletzt sei, weil es an dem Erfordernis der ungenügenden Entschuldigung des Ausbleibens des Angeklagten in der Hauptverhandlung gefehlt habe, die Revision nicht stützen kann.[4])

Die Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtsweges sind ihrem Wesen nach prozessuale Bestimmungen.[5]) Jedoch nehmen eine Sonderstellung hierbei die Vorschriften über den Umfang der Militärstrafgerichtsbarkeit — MStGO. v. 1. 12. 1898 (RGBl. 1198) — ein; sie haben nicht bloß einen prozeßrechtlichen, sondern darüber hinausgehend auch einen staatsrechtlichen Inhalt, und zwar noch einen

---

1) Schmidt S. 24, 25.

2) Schmidt S. 31 ff.

3) Löwe N. 3g zu § 380 und 7 zu § 363; v. Kries S. 678; Schmidt S. 48; Lamm S. 18; KGJ. Bd. 2 S. 205; OLGMünchenSt. Bd. 5 S. 126; SächsOLG. Bd. 23 S. 6; and. M. OLG. Celle v. 29. 11. u. 13. 12. 1882, 10. 10. 1883 u. 31. 10. 1884 (Verletzung von §§ 338 bis 340 u. 370 StPO. über die Befugnis zur Einlegung des Rechtsmittels).

4) SächsOLG. Bd. 32 S. 199.

5) Löwe N. 3a zu § 380; Schmidt S. 24; KG. in GoltdArch. Bd. 40 S. 62; and. M. KG. im Recht Bd. 15 S. 47 und in KGJ. Bd. 39 S. 20; OLG. Darmstadt v. 24. 2. 1881.

weiteren als den den sonstigen Zuständigkeitsnormen innewohnenden;[1]) ihre Verletzung kann daher auch im Falle des § 380 mit der Revision gerügt werden.[2])

Die Frage, ob die Vorschriften über die Zulässigkeit der Privatklage (§ 414 StPO.) zu den Normen über das Verfahren gehören, ist bestritten. Nach einer Ansicht sind sie materieller Natur, weil das Recht zur Erhebung der Klage durch das Vorhandensein jener Voraussetzungen des § 414 bedingt sei, so daß eine Verletzung derselben eine unrichtige Anwendung des Gesetzes selbst enthalte.[3]) Nach der richtigen Meinung dagegen bezeichnen sie einen mit Rücksicht auf die Beteiligten und die Art der strafbaren Handlung besonders gegebenen prozessualischen Weg, der zur Bestrafung führen soll.[4])

Aus dem gleichen Grunde gehören zu diesen prozessualen Normen die Vorschriften über die Zulässigkeit der Widerklage (§ 428 StPO.).[5])

Eine Mittelmeinung vertritt hier das Oberlandesgericht Dresden[6]) dahin, daß § 428 Abs. 1 zwar an sich

---

[1]) Löwe Anm. 4a zu § 7 EG. z. GVG.

[2]) OLG. Stettin in GoltdArch. Bd. 41 S. 303; Löwe N. 5a zu § 380; and. M. Stenglein N. 2 zu § 380; Schmidt S. 21; OLG. Celle in GoltdArch. Bd. 37 S. 312 und OLG. Darmstadt ebenda Bd. 38 S. 78.

[3]) OLG. Marienwerder v. 17. 5. 1881, Cassel v. 12. 7. 1884, Celle v. 4. 1. 1882.

[4]) Löwe N. 3e zu § 380; Schmidt S. 45, 46 und die dort Zitierten; derselbe in ElsLothrZ. Bd. 10 S. 326; OLGMünchenSt. Bd. 2 S. 463; SächsOLG. Bd. 31 S. 385.

[5]) Schmidt S. 45; Löwe N. 3e zu § 380; OLG. Colmar v. 22. 11. 1884, Frankfurt v. 26. 2. 1884, Hamm v. 19. 3., 18. 10. u. 26. 11. 1883, Naumburg v. 1. 3. u. 24. 5. 1883, Posen v. 24. 5. u. 2. 6. 1883, 1. 10. 1884, Stettin v. 15. 4. u. 19. 11. 1884; and. M. OLG. Cassel v. 11. 3. 1882, Celle v. 18. 12. 1882.

[6]) Urteil v. 17. 10. 1883.

einen prozessualischen Charakter trage, gleichwohl aber dem Revisionsrichter die Prüfung obliege, ob der Berufungsrichter den in jenen Bestimmungen enthaltenen Begriff der Wechselseitigkeit richtig verstanden habe.

Bei der Beurteilung dieser gegensätzlichen Meinung ist eine scharfe Grenze zu ziehen zwischen der Frage der Zulässigkeit der Widerklage und der weiteren Frage, ob der behauptete Strafanspruch des Angeklagten geeignet ist, die Bestrafung des Privatklägers herbeizuführen. Bei der ersteren Frage erstreckt sich die Prüfung nur darauf, festzustellen, ob die in dem § 428 Abs. 1 geforderten Voraussetzungen vorhanden sind, die es als zulässig erscheinen lassen, dem Angeklagten zur Geltendmachung seines Strafanspruches den besonderen Weg der Widerklage zu geben. Diese Prüfung betrifft also eine prozessuale Frage. Daraus ergibt sich dann, daß auch der Begriff der Wechselseitigkeit nur eine prozessuale Voraussetzung ist dahin, daß die an sich zur Verfolgung im Wege der Privatklage geeignete Handlung zwischen denselben Personen, d. h. dem Privatkläger und Widerkläger, stattgefunden hat. Die weitere Frage dann, ob der Strafanspruch geeignet ist, die Bestrafung des Privatklägers herbeizuführen, ist rein materiellrechtlicher Natur und wird im Urteil entschieden. Daß über die Strafansprüche beider Personen in einem Urteil entschieden wird (Abs. 2 des § 428), ist Zweck und Folge der in diesem Sinne aufzufassenden Vorschrift des § 428.

In gleicher Weise ist die Streitfrage zu entscheiden, ob die Bestimmung des § 435 StPO., wonach der zur Erhebung einer Privatklage Berechtigte sich der erhobenen öffentlichen Klage in jeder Lage des Verfahrens als Nebenkläger anschließen kann, zu den Normen über das Verfahren gehört oder materiell rechtlich ist; auch diese Vor-

schrift ist, soweit sie in dem oben erörterten Sinne die Zulässigkeit betrifft, prozessualer Natur.[1])

Eine weitere in dem Abschnitte über das Privatklageverfahren enthaltene Bestimmung, die des § 420 StPO., die die Zulässigkeit der Klage davon abhängig macht, daß ein Sühneversuch erfolglos geblieben ist, ist als eine rein prozessuale Norm aufzufassen.[2]) Dies erhellt schon aus Abs. 2, der den Sühneversuch dann nicht für erforderlich erklärt, wenn die Parteien in verschiedenen Gemeindebezirken wohnen; es handelt sich also um eine lediglich aus praktischen Gründen aufgestellte prozessuale Vorschrift; sie soll im öffentlichen Interesse der leichtfertigen und übereilten Erhebung von Klagen vorbeugen.

Wird dagegen auf Grund dieser Vorschrift vor der Vergleichsbehörde oder auch später im anhängigen Verfahren ein Vergleich abgeschlossen, so ist damit das Privatklagerecht des Verletzten aufgehoben und nach richtiger Ansicht auch jede weitere Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft ausgeschlossen.[3]) Die Vorschriften über den Vergleich sind daher materiellrechtlicher Natur.[4])

---

[1]) Löwe N. 3 g zu § 380; Schmidt S. 45; and. M. Dalcke Anm. 47 zu § 380; GoltdArch. Bd. 38 S. 455.

[2]) Löwe N. 3 d zu § 380; Schmidt S. 47 und in ElsLothrZ. Bd. 10 S. 282 u. 328; BayObLGSt. Bd. 1 S. 134, 274, Bd. 4 S. 163; OLGMünchenSt. Bd. 8 S. 364; OLG. Stuttgart in WürttJ. Bd. 2 S. 13; GoltdArch. Bd. 52 S. 58; OLG. Celle v. 1. 3. 1881, Königsberg v. 10. 2. u. 31. 3. 1881, 24. 9. 1884, Naumburg v. 30. 6. 1881, 12. 10. 1882, 26. 5. 1884; and. M. die letzten drei Oberlandesgerichte in schwankender Rechtsprechung: Celle v. 8. 2., 26. 4. u. 18. 12. 1882, Königsberg v. 24. 5. 1882 u. 26. 1. 1884, Naumburg v. 24. 5., 20. 10. 1883 und 3. 4. 1884; ferner Stuttgart v. 15. 6. 1881, 29. 3. u. 30. 12. 1882; WürttGerBl. Bd. 19 S. 198, Bd. 20 S. 278, Bd. 21 S. 45.

[3]) vgl. hierzu Löwe N. 5 a zu § 420.

[4]) BayObLGSt. Bd. 9 S. 265.

Nach § 415 Abs. 1 u. 2 StPO. steht, wenn einer von mehreren Berechtigten die Privatklage erhoben hat, den übrigen nur der Beitritt zu dem eingeleiteten Verfahren zu. Nach dem, was oben für die Zulässigkeit der Privatklage gesagt wurde, handelt es sich auch hier um eine prozessuale Norm. Der Abs. 3 dagegen, der bestimmt, daß jede in der Sache selbst ergangene Entscheidung ihre Wirkung zugunsten des Beschuldigten auch gegenüber solchen Berechtigten äußert, die die Privatklage nicht erhoben haben, enthält damit in sich den Grundsatz ne bis in idem und ist insoweit eine materiellrechtliche Vorschrift.[1])

Streitig ist weiter die Frage, ob die Vorschriften des § 4 StGB. über die Bestrafung der von Deutschen im Auslande begangenen Delikte zu den Normen über das Verfahren gehören. Die einen sehen darin nur eine rein prozessuale Bestimmung,[2]) während andere ihr den Charakter einer gemischten, also sowohl prozeß- wie materiellrechtlichen Norm geben.[3])

Dieser letzteren Ansicht ist beizutreten. Nach Abs. 1 des § 4 ist regelmäßig wegen der im Ausland begangenen Verbrechen und Vergehen der Strafanspruch des Staates nicht gegeben. Als Ausnahme von dieser Regel „kann" aber in den genau bestimmten Fällen des Abs. 2 Nr. 1—3 die Tat nach den inländischen Strafgesetzen verfolgt werden. Dadurch wird zunächst für diese bestimmten Fälle das staatliche Strafrecht begründet; insofern ist die Bestimmung also materiellrechtlicher Natur, und insoweit kann ihre Verletzung mit der Revision gerügt werden.

Nach Abs. 2 besteht aber hier auf Grund des Straf-

---

[1]) vgl. unten S. 15 ff.

[2]) Schmidt S. 34; SächsOLG. Bd. 5 S. 407.

[3]) Löwe N. 5 e zu § 380; E. Bd. 44 S. 119.

anspruches nicht auch wie sonst eine Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Strafverfolgung, ihrem Ermessen ist es vielmehr überlassen, ob sie die Verfolgung ausüben will. Daraus folgt umgekehrt, daß eine solche auch nur stattfinden darf, wenn ein dahingehender Wille der Staatsanwaltschaft erklärt worden ist. Wird z. B. gegen einen Deutschen Anklage wegen Diebstahls erhoben und die Sache dem Schöffengericht zur Aburteilung überwiesen und stellt sich in der Hauptverhandlung heraus, daß die Tat im Auslande verübt worden ist, so ist zwar nach § 4 Abs. 2 Nr. 3 StGB. das Strafrecht des deutschen Staates gegeben. Eine Bestrafung kann aber nur eintreten — abgesehen von den Ausschließungsgründen des § 5 StGB. —, wenn die Anklagebehörde erklärt, daß sie auch unter diesen Umständen die Bestrafung beantrage. Diese Voraussetzung für die Zulässigkeit der Bestrafung ist also prozessualer Natur; auf ihr Fehlen kann eine Revision nach § 380 nicht gestützt werden.

Als materiellrechtlich ist die Vorschrift des § 55 StGB. anzusehen, daß wer bei Begehung der strafbaren Handlung das 12. Lebensjahr nicht vollendet hat, wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden kann. Wenn auch die Form dieser Vorschrift, namentlich im Gegensatz zu den vorhergehenden §§ 51—54 — „eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden" —, zunächst den Anschein erweckt, daß es sich um eine prozessuale Bestimmung handle, so ist doch in Wirklichkeit die Bedeutung die, daß ein staatlicher Strafanspruch bei Strafunmündigen überhaupt nicht begründet wird. Da dieser das primäre, die Strafverfolgung aber das sekundäre Element ist,[1] so kann von einem Ausschluß der letzteren strenggenommen gar nicht die Rede sein.[2]

---

[1] vgl. auch unten S. 21 f.

[2] Nach Löwe (N. 5 d zu § 380 StPO.), Olshausen (N. 2 u. 5),

Zu sehr lebhaften Meinungsverschiedenheiten, die eine Einigung noch nicht erwarten lassen und die teilweise auch noch zu keiner Klarheit geführt haben, hat die Bestimmung des § 380 Anlaß gegeben bei dem Grundsatze ne bis in idem und den sonstigen Vorschriften über die Rechtskraft, den Vorschriften über den Strafantrag und denen über die Verjährung, die deshalb im folgenden einzeln eingehender zu behandeln sind.

III.

Das Verbot des Satzes „ne bis in idem“ ist nirgendwo im Strafrecht oder in der Prozeßordnung ausdrücklich aufgestellt, seine Voraussetzungen sind daher auch nicht näher bestimmt; trotzdem genießt er als Rechtsgrundsatz allgemeine Anerkennung, und auch aus verschiedenen Vorschriften der Strafprozeßordnung geht zweifelsfrei hervor, daß sie die Geltung dieses Rechtssatzes voraussetzt.

Zunächst geht aus § 263, ebenso wie aus den Motiven[1]) hierzu, hervor, daß der Gesetzgeber nicht nur das Bestehen des Grundsatzes stillschweigend anerkennen wollte, sondern daß er gerade zu seiner Aufrechterhaltung die Möglichkeit einer Klagänderung bei anderer rechtlicher Beurteilung der Straftat gewährt hat.

Des ferneren läßt sich aus verschiedenen anderen Bestimmungen der Strafprozeßordnung der Satz „ne bis in idem“ herauslesen.

Eine Wiederaufnahme der Verfahrens ist nur in ganz wenigen, vom Gesetz genau normierten Fällen — fünf

---

Frank (Bem. I zu § 55 StGB.) hat die Bestimmung sowohl prozeß- wie materiellrechtlichen Inhalt.

[1]) Hahn S. 207.

zugunsten des Angeklagten (§ 399), vier zu seinen ungunsten (§ 402) — zugelassen. Die Wiederaufnahme ist also eine Ausnahme; daraus ergibt sich als Regel, daß ein einmal durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenes Verfahren ein für allemal erledigt sein sollte.

Weiterhin kommt der Grundsatz zum Ausdruck in § 415 StPO., wo er ausgesprochen ist für den besonders gearteten Fall der Privatklage, daß bei einer strafbaren Handlung mehrere Personen zur Erhebung der Privatklage berechtigt sind und nur eine von diesem Rechte Gebrauch gemacht hat. Es steht den anderen Berechtigten dann nur der Beitritt zu dem eingeleiteten Verfahren zu, nicht aber die Erhebung einer neuen Klage. Ist aber in diesem Falle bereits eine Entscheidung in der Sache selbst ergangen, so soll diese ihre Wirkung zugunsten des Angeklagten auch denen gegenüber äußern, die von ihrem Rechte zur Klagerhebung keinen Gebrauch gemacht haben.

Endlich ist hier noch die Bestimmung des § 12 StPO. anzuführen, welche besagt, daß im Falle der Zuständigkeit mehrerer Gerichte demjenigen der Vorzug gebühren soll, welches die Untersuchung zuerst eröffnet hat. Auch ist die Möglichkeit gegeben, daß das gemeinschaftliche obere Gericht die Untersuchung und Entscheidung einem der mehreren zuständigen Gerichte überträgt. Der Zweck dieser Bestimmung ist der, zu verhindern, daß über dieselbe Tat desselben Täters zwei Prozesse anhängig gemacht, zwei Entscheidungen gefällt werden, die sich event. widersprechen könnten.[1])

Aus den angeführten Stellen ergibt sich auch die Bedeutung des Satzes ne bis in idem. Er besagt ein Doppeltes, nämlich:

[1]) s. ferner § 5 Abs. 1 StGB., §§ 210, 259 StPO., welche Bestimmungen ebenfalls den Satz ne bis in idem voraussetzen.

1. Ist gegen eine Person wegen einer strafbaren Handlung ein rechtskräftiges Urteil ergangen, so darf eine neue Strafverfolgung gegen dieselbe Person wegen derselben strafbaren Handlung nicht stattfinden (vgl. hierzu die §§ 263, 399 ff., 415 Abs. 3 StPO.).
2. Ist gegen eine Person wegen einer strafbaren Handlung ein Verfahren anhängig, so darf wegen derselben strafbaren Handlung gegen dieselbe Person gleichzeitig kein zweites Verfahren anhängig gemacht werden.

In beiden Anwendungen sind die Voraussetzungen des ne bis in idem die gleichen: Es muß sich darum handeln, „daß wegen der nämlichen Tat gegen den nämlichen Täter prozessiert werden will“.[1] Die Tat ist die nämliche, wenn in den mehreren Prozessen „derselbe historische Vorgang“[2] den Gegenstand der Verfolgung bildet. Also vermag vor allem niemals eine andere juristische Qualifikation derselben Tat eine erneute Verfolgung zu rechtfertigen.

Der Täter ist selbstverständlich dann der gleiche, wenn „in den mehreren Prozessen das nämliche menschliche Individuum als Täter verfolgt wird“.

Über die rechtliche Natur des Grundsatzes ne bis in idem herrscht weder in der Wissenschaft noch in der Rechtsprechung Übereinstimmung. Die einen sagen, der Satz sei materiellrechtlich,[3] die anderen, er sei prozessual,[4])

---

[1]) Birkmeyer S. 683.

[2]) R. Bd. 6 S. 145.

[3]) Löwenstein, Revision in Strafsachen S. 2; Mamroth, StPO. § 263 Anm. 6 f.; OLG. Hamburg v. 24. 9. 1881 (zit. bei Schmidt S. 55) und 24. 8. 1910 in HansGSt. Bd. 3 S. 351.

[4]) Schmidt S. 265; E. Bd. 3 S. 385, Bd. 18 S. 272; OLG.

wieder andere, er sei sowohl prozessual als materiellrechtlich, er habe also eine Doppelnatur;[1] Löwe[2]) endlich und mit ihm Binding[3]) und Stenglein[4]) sagen, der Satz stehe auf der Grenze zwischen materiellem und prozessualem Rechte. Da aber der § 380 StPO. als Ausnahmevorschrift und als „perverse Bestimmung" (Binding) so eng wie möglich auszulegen sei, so müsse man bei Verletzung des Satzes ne bis in idem die Revision zulassen.

Durch den Satz ne bis in idem werden, wie S. 17 bereits erwähnt, die folgenden zwei Bestimmungen der Strafprozeßordnung zusammengefaßt:

1. Ist gegen eine Person wegen einer strafbaren Handlung ein rechtskräftiges Urteil ergangen, so darf eine neue Strafverfolgung gegen dieselbe Person wegen derselben strafbaren Handlung nicht stattfinden.

2. Ist gegen eine Person wegen einer strafbaren Handlung ein Verfahren anhängig, so darf wegen derselben strafbaren Handlung gegen dieselbe Person gleichzeitig kein zweites Verfahren anhängig gemacht werden.

Breslau v. 1. 9. 1890 u. 10. 12. 1907 in GoltdArch. Bd. 38 S. 459 und Bd. 56 S. 100, Colmar v. 12. 7. 1882 in ElsLothrZ. Bd. 10 S. 63; KG. v. 18. 3. 1886 in KGJ. Bd. 6 S. 165, Kiel v. 16. 4. 1890 in SchlHolstAnz. 1890 S. 255; OLGMünchenSt. Bd. 3 S. 508.

[1]) Dalcke S. 202; Hayn S. 18. Auf diesem Standpunkt stehen auch die meisten Gerichte. Es seien benannt besonders von neueren Entscheidungen: E. Bd. 13 S. 146, Bd. 25 S. 29, Bd. 35 S. 369, Bd. 43 S. 60; Darmstadt v. 21. 12. 1906 in HessRspr. Bd. 8 S. 9; SächsOLG. Bd. 2 S. 495, Bd. 5 S. 98, Bd. 7 S. 196, Bd. 16 S. 289; Colmar in ElsLothrZ. Bd. 10 S. 64, Bd. 13 S. 174, Bd. 16 S. 420; neuerdings auch OLGMünchenSt. Bd. 7 S. 251.

[2]) zu § 380 Anm. 2b.

[3]) Grundriß des Strafprozeßrechts S. 265.

[4]) Komm. z. StPO. zu § 380 Anm. 2.

Diese beiden Rechtsnormen bedeuten, wie ersichtlich, etwas ganz verschiedenes; ein Zusammenhang zwischen ihnen besteht nicht, abgesehen davon, daß sie demselben Motive — sei es dem der Billigkeit oder dem der Rechtssicherheit — ihre Entstehung verdanken mögen.

Es ergibt sich also die Tatsache, daß der Satz nicht eine Rechtsnorm enthält, sondern daß in ihm zwei Rechtsnormen in der Form eines Rechtssprichwortes zusammengefaßt werden.[1])

An diesem Ergebnis ist bei der Prüfung der Frage, ob die Regel ne bis in idem dem materiellen oder prozessualen Rechte angehört, festzuhalten, d. h. diese Frage ist für jede einzelne der beiden oben angeführten Vorschriften getrennt zu untersuchen und zu beantworten.

Durch die Klageerhebung wird die Strafklage insofern verbraucht, als mit dem Augenblicke, in dem der Prozeß anhängig ist — das ist regelmäßig mit der Stellung des Antrages auf Voruntersuchung oder der Einreichung der Anklageschrift seitens der Staatsanwaltschaft —, jede weitere Strafverfolgung ausgeschlossen ist. Die Strafverfolgung als Inbegriff der Formen, die der Staat sich zur Durchführung seines Strafverfolgungsrechtes gesetzt hat, gehört lediglich dem Prozeßrecht an und mit ihr als Teile dieser Formen sowohl die Klageerhebung als auch der Verbrauch der Strafklage durch Klageerhebung.

Insoweit also der Grundsatz ne bis in idem die Bedeutung hat, daß wegen derselben kriminellen Begangenschaft gleichzeitig nur eine Strafverfolgung stattfinden darf, und daß durch die Klageerhebung die Straf-

---

[1]) Auf diesem Standpunkt scheint auch das Reichsgericht zu stehen, vgl. E. Bd. 35 S. 369.

klage konsumiert wird, ist er prozessualer Natur,[1]) also eine „Rechtsnorm über das Verfahren" im Sinne des § 380 StPO., deren Verletzung eine Revision gegen die Berufungsurteile der Strafkammern nicht zu rechtfertigen vermag.

Von wesentlich größerer praktischer Wichtigkeit ist der Grundsatz ne bis in idem in seiner andern, S. 17 unter 1 formulierten Bedeutung. Die Voraussetzungen zur Anwendbarkeit des Satzes sind auch hier: Identität[2]) der Tat und des Täters, dazu tritt noch die weitere Voraussetzung, daß es sich um res iudicata handeln muß, daß wegen derselben Tat gegen denselben Täter früher ein durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenes Verfahren stattgefunden hat. Es muß sich handeln um ein auf Grund einer Hauptverhandlung ergangenes Strafurteil; nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts[3]) schafft keine res iudicata: ein amtsrichterlicher Strafbefehl,[4]) eine polizeiliche Strafverfügung und ähnliche Strafmandate, ebensowenig ein Disziplinarurteil. Dagegen ist es gleichgültig, ob das Urteil auf eine öffentliche Klage oder eine Privatklage hin ergangen ist.

Als weitere Voraussetzung verlangt hier noch das Reichsgericht,[5]) daß im ersten Prozeß der Richter die volle Freiheit hatte, „die ihm zur Aburteilung vorgelegte Tat in ihrer wirklichen Gestaltung frei zu ermitteln und nach

---

[1]) Hahn S. 19; Birkmeyer S. 697 Anm. K 25: Verbrauch der Strafklage ist prozessual. Ein unter Verletzung des Satzes ne bis in idem (in diesem Sinne) eingeleitetes Verfahren ist einzustellen.

[2]) Deren Feststellung auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen kann, vgl. Berner, Grundsatz S. 70ff.

[3]) Das Genauere s. bei Zitzlaff in GoltdArch. Bd. 42 S. 208.

[4]) Mit der von Zitzlaff a. a. O. erwähnten Ausnahme.

[5]) E. Bd. 2 S. 212.

dem Ergebnisse der ihm zustehenden umfassenden Verhandlung zu beurteilen, und daß im ersten Verfahren „durch eine geordnete Mitwirkung der Staatsanwaltschaft und eine richterliche Kognition dafür Sorge getragen ist, daß die zur Anzeige gebrachte Tat nach allen Richtungen hin gewürdigt wurde“.

Ein unter diesen Voraussetzungen ergangenes rechtskräftiges Urteil hat die Wirkung, daß die zur Aburteilung gelangte Tat nunmehr ihrem ganzen Umfange nach oder nach einzelnen Richtungen hin als straflos erscheint.

Das Reichsgericht [1]) bezeichnet es als „einen grundlegenden Satz des Strafrechts, daß die Schuld durch die Strafe getilgt wird. Ist aber die Schuld getilgt, d. h. aus der Welt geschafft, so ist damit auch juristisch die strafbare Handlung ausgeräumt. Denn vom rechtlichen Standpunkte aus gibt es keine strafbare Handlung ohne Schuld. Lautet die rechtskräftige Entscheidung auf Verurteilung, so ist damit von jetzt an eine Straftat nicht mehr vorhanden; denn mit der einmaligen rechtskräftigen Verurteilung einer Straftat ist die Schuld des Angeklagten getilgt, auch der Strafanspruch, auf dem das Recht und die Pflicht des Staates zur Strafverfolgung beruht, verbraucht, „konsumiert“.

Lautet das Urteil auf Freisprechung des Angeklagten, so kann von einem Verbrauch des Strafanspruchs natürlich nicht die Rede sein; es wird vielmehr endgültig festgestellt, daß in dem konkreten Falle eine strafbare Handlung überhaupt nicht vorhanden, damit also auch kein Strafanspruch begründet war.

In beiden Fällen wird dem Angeklagten ein „materielles Schutzrecht“ verliehen, welches seine Wirkung

---

[1]) E. Bd. 35 S. 369.

dahin äußert, daß die Tat[1]) nunmehr — sei es ihrem ganzen Umfange nach, sei es nach einzelnen Richtungen hin — als straflos erscheint. Damit aber ist jede weitere Strafverfolgung ausgeschlossen.

Erst die Folge des Wegfalls des Strafrechts durch Konsumtion ist die Unmöglichkeit der Strafverfolgung. Denn wo kein Strafanspruch besteht, da gibt's auch keine Strafverfolgung, und nicht umgekehrt, da die Straftat nicht verfolgt werden darf, besteht auch kein Strafanspruch. Der Untergang des letzteren ist das primäre, ursächliche Element des Satzes ne bis in idem. Wenn es sich allerdings um die praktische Anwendung des Satzes handelt, so kann diese nicht anders als auf prozessualem Wege geschehen. Aber dies hat er mit allen materiellrechtlichen Bestimmungen gemein; denn das Prozeßrecht ist dazu da, die Verwirklichung und Durchführung des materiellen Rechtes zu ermöglichen.

Folglich darf das Urteil, wenn ein Fall des ne bis in idem vorliegt, das Verfahren nicht nach Analogie des § 259 als unstatthaft einstellen oder die Strafverfolgung für unzulässig erklären, sondern es muß auf Freisprechung lauten. Dies ist die notwendige Folge von der Erwägung, daß durch die Strafe die Schuld getilgt wird.[2])

Die entgegenstehende Ansicht, daß der Satz ne bis in idem rein prozessualen Charakter habe, wird hauptsächlich von Schmidt in seiner Schrift „Der § 380 StPO."

---

[1]) E. Bd. 25 S. 29, Bd. 35 S. 369; OLG. Darmstadt in HessRspr. Bd. 8 S. 9.

[2]) Das RG. zieht diese Konsequenz aus seiner Entscheidung in E. Bd. 13 S. 146 nicht, es steht vielmehr auf dem Standpunkt, daß das Verfahren einzustellen ist (vgl. R. Bd. 3 S. 47, 240, 479 und E. Bd. 23 S. 230). Über die Behandlung des Satzes ne bis in idem den Geschworenen gegenüber s. E. Bd. 43 S. 62.

vertreten [1]) und S. 52 ff. folgendermaßen begründet: Der § 398 StPO. enthalte das Verbot der „reformatio in peius", welches in § 380 StPO. ausdrücklich als Rechtsnorm über das Verfahren bezeichnet werde. Durch dieses Verbot erhalte das Urteil eine teilweise Rechtskraft. Gehörten aber die Bestimmungen über die teilweise Rechtskraft zu den Rechtsnormen über das Verfahren, so müßten auch die Grundsätze über die Wirkungen anderer rechtskräftiger Entscheidungen zu den Rechtsnormen über das Verfahren gerechnet werden. Dahin gehöre auch die Wirkung, die durch den Grundsatz ne bis in idem ausgedrückt werde, folglich gehöre auch er zu den Rechtsnormen über das Verfahren.

An anderer Stelle [2]) sagt Schmidt sogar, selbst abgesehen von der ausdrücklichen Vorschrift des § 380 liege kein Anlaß vor, den Satz ne bis in idem zu den Rechtsnormen des materiellen Rechts zu rechnen. Denn durch ein Urteil werde nicht die Strafbarkeit aufgehoben, die Schuld erlösche nicht mit der Verurteilung oder Freisprechung, sondern es werde dadurch nur die Strafklage verbraucht, daß, wenn gleichwohl eine Strafverfolgung wegen derselben Straftat stattfindet, nicht auf Freisprechung des Angeklagten, sondern auf Unzulässigkeit der Strafverfolgung oder Einstellung des Verfahrens zu erkennen sei. Das Erlöschen der Strafklage bilde ein prozessualisches Hindernis der Strafverfolgung.

Dieser letztere Einwand erledigt sich mit dem S. 21 f. Gesagten. Die Unzulässigkeit der Strafverfolgung ist lediglich die Folge des durch das rechtskräftige Urteil be-

---

[1]) s. die bei Schmidt S. 54 zit. Judikatur.

[2]) Zur Lehre von der Zulässigkeit der Rechtsmittel, in GoltdArch. Bd. 39 S. 268.

wirkten Verbrauchs des Strafanspruchs. Daß auch das (prozessuale) Strafverfolgungsrecht untergehen muß, wenn kein (materieller) Strafanspruch vorhanden ist, ist selbstverständlich.[1])

Dem ersten von Schmidt erhobenen Einwand ist mit Hayn[2]) entgegenzuhalten, daß allerdings nach § 398 Abs. 2 in Verb. mit § 380 das Verbot der reformatio in peius zu den Normen über das Verfahren zu zählen ist, und daß dieses Verbot sich als Vorschrift über teilweise Rechtskraft eines Urteils darstellt. Andererseits aber muß Schmidt selbst anerkennen, daß dieses Verbot seiner Natur, seinem rechtlichen Inhalte nach materiell ist, und daß es lediglich durch die ausdrückliche Bestimmung des § 380 in dem Sinne zu einer prozessualen Vorschrift gestempelt wird, daß der Richter gezwungen ist, die Vorschrift einer prozessualen gleichzuachten. Es ist aber nicht angängig, diese für den konkreten Einzelfall gegebene Ausnahmebestimmung auszudehnen und im Wege der Analogie auch die Vorschriften über die absolute Rechtskraft zu den Rechtsnormen über das Verfahren zu rechnen.

Von denjenigen Gerichten, die die Revision gegen Berufungsurteile wegen Verletzung des Satzes ne bis in idem zulassen, erklären nur sehr wenige mit klaren Worten, daß dieser Grundsatz dem materiellen Rechte angehört. Die meisten sagen nur, der Satz gehöre „auch dem materiellen Rechte an", er sei „nicht bloß prozessualer, sondern auch materiellrechtlicher Natur" u. a. m. Dabei bleibt es aber unausgesprochen, ob sie die Doppelbedeutung des Satzes ne bis in idem meinen, die S. 17 erwähnt ist, oder ob sie der Ansicht sind, daß der Satz als Ausdruck des Ver-

---

[1]) vgl. hierzu Glaser Bd. 2 S. 55 ff.; auch E. Bd. 13 S. 146.
[2]) a. a. O. S. 21.

botes erneuter Strafverfolgung wegen derselben Straftat nach rechtskräftigem Urteil sowohl dem prozessualen wie dem materiellen Rechte angehört. Wenn das letztere, wie es zu sein scheint, der Fall ist, so ist zu diesen Entscheidungen folgendes zu bemerken: Die meisten Entscheidungen stimmen darin überein, daß das wesentliche, primäre Merkmal des Satzes die strafanspruchsvernichtende Wirkung ist, und daß die prozessualische Natur erst dann zutage tritt, wenn es sich um die praktische Anwendung handelt. Führt man diesen Gedanken weiter, so kommt man aber auch hier zu dem Resultat, daß die primäre Wirkung der Vernichtung des Strafanspruchs so stark ist, daß sie dem ganzen Rechtssatz ihr materielles Gepräge aufdrückt. Die Folge der Vernichtung des Strafanspruchs ist dann ganz von selbst die Unmöglichkeit der Strafverfolgung.[1])

Außerdem geht es deshalb nicht an, einem Rechtssatze in dieser Weise eine Doppelnatur zuzusprechen, weil die Rechtsfolgen — gerade auch im Hinblick auf § 380 StPO. — ganz andere sind, je nachdem ob eine Norm dem materiellen oder prozessualen Rechte angehört.

Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchung ist also in kurzer Zusammenfassung das folgende:

Der Grundsatz ne bis in idem ist weder eine materielle, noch prozessuale, noch auch „gemischt-rechtliche“ Norm. Vielmehr ergibt

---

[1]) Die Entscheidung des RG. E. Bd. 13 S. 146 scheint derselben Ansicht zu sein, wenn sie sagt: Es beruht diese Rechtsregel auf der Erwägung, daß eine bereits bestrafte und durch die Bestrafung getilgte Schuld eben darum nicht nochmals gestraft werden kann. Insoweit gehört sie zum materiellen Strafrecht. Insoweit es sich dann um ihre praktische Anwendung handelt, erlangt sie die prozessualische Erweiterung, daß die Tat . . . nicht nochmals Gegenstand eines Prozeßverfahrens werden soll.

sich bei genauer Untersuchung seiner Rechtsnatur, daß er zwei Normen enthält: 1. Ist gegen eine Person wegen einer strafbaren Handlung ein rechtskräftiges Urteil ergangen, so darf eine neue Strafverfolgung gegen dieselbe Person wegen derselben strafbaren Handlung nicht stattfinden. Diese Norm drückt den Verbrauch des Strafanspruchs durch ein rechtskräftiges Urteil aus und gehört damit ihrem Wesen nach dem materiellen Rechte an. Das hat zur Folge, daß auf die Verletzung dieser Norm eine Revision gegründet werden kann, und daß, wenn dies geschehen, das Revisionsgericht verpflichtet ist, die materiellrechtliche Seite der angefochtenen Entscheidung ganz frei nachzuprüfen.[1])

2. Ist gegen eine Person wegen einer strafbaren Handlung ein Verfahren anhängig, so darf wegen derselben strafbaren Handlung gegen dieselbe Person gleichzeitig kein zweites Verfahren anhängig gemacht werden.

Diese Norm enthält den Verbrauch der Strafklage durch Klageerhebung. Sie gehört dem Prozeßrechte an, ihre Verletzung kann daher nicht zur Begründung einer Revision gegen ein Strafkammerberufungsurteil dienen.

Sonstige Vorschriften über die Rechtskraft sind außer in dem schon erwähnten § 398 StPO.[2]) enthalten in § 372 StPO., wonach bei der Berufung das von dem Angeklagten oder zu seinen Gunsten von der Staatsanwaltschaft angefochtene Urteil nicht zum Nachteil des Angeklagten abgeändert werden darf. Da diese Bestimmung ein dem Abs. 2 des § 398 ganz gleich gebildetes Verbot der reformatio in peius darstellt, wird man auch sie nach

---

[1]) Bennecke-Beling, Lehrb. S. 589 und die dort zit. Entscheidungen des Reichsgerichts; Löwe Anm. 6; Stenglein Anm. 2 zu § 384.

[2]) vgl. oben S. 23.

dem im § 398 zum Ausdrucke kommenden Willen des Gesetzgebers als eine Norm über das Verfahren ansehen müssen,[1]) obwohl sie ihrer Natur nach materiellrechtlich ist.

Dagegen erscheint es, wie schon oben S. 24 erwähnt, verfehlt, die Analogie nun weiter auf alle Vorschriften über die Rechtskraft auszudehnen.[2])

So ist die Bestimmung des § 368 in Verb. mit § 359 StGB., wonach der Prüfung des Gerichts das Urteil nur insoweit unterliegt, als dasselbe angefochten ist, wodurch also zum Ausdruck gebracht wird, daß der nicht angefochtene Teil in Rechtskraft übergegangen ist,[3]) durchaus materiellrechtlicher Natur; ihre Verletzung kann also mit der Revision gerügt werden.[4])

VI.

Bei der Prüfung der Frage nach der rechtlichen Natur der Vorschriften über den Strafantrag begegnet man einer Reihe von einander entgegenstehenden Ansichten in Wissenschaft und Rechtsprechung, welche sich in folgende drei Gruppen zusammenfassen lassen:

1. der Antrag wird als Bedingung der Entstehung des staatlichen Strafrechts (Strafanspruchs) dem materiellen Rechte zugezählt;
2. als Bedingung der Entstehung des staatlichen Klagerechts gehört er dem Prozeßrechte an;

---

[1]) Löwe N. 3 b; Stenglein N. 1 zu § 380; v. Kries S. 678; Schmidt S. 52; BayObLGSt. Bd. 9 S. 281; OLG. Celle in GoltdArch. Bd. 38 S. 368; OLG. Hamm in DJZ. Bd. 13 S. 371; KG. in DJZ. Bd. 12 S. 430; and. M. Gerland in BayZ. Bd. 7 S. 125.

[2]) vgl. Schmidt S. 53/54.

[3]) vgl. Löwe N. 1 zu § 368.

[4]) And. M. Schmidt S. 53.

3. die Vertreter einer Mittelmeinung sagen, er gehöre teils zum materiellen, teils zum formellen Rechte.

Die Vertreter der ersten Gruppe [1]) sagen, das Antragsverbrechen an sich erzeuge überhaupt noch keinen Strafanspruch des Staates, dieser entstehe vielmehr erst mit der Stellung des Antrags durch den Verletzten. Der Antrag ist nach dieser Auffassung „gesetzliches Symptom, daß eine früher begangene Handlung alle Merkmale hatte, an die das Gesetz die Entstehung des Strafrechtes knüpft“. [2]) Der Antrag gehört also zum Tatbestande.

Dem steht die Ansicht gegenüber, daß mit Begehung der strafbaren Handlung der staatliche Strafanspruch entsteht, auch wenn es sich um ein Antragsdelikt handelt. Die Stellung des Antrages ist lediglich eine Bedingung der Strafverfolgung, des Strafklagerechts. Daher ist der Antrag eine Prozeßvoraussetzung und gehört als solche nicht dem materiellen Rechte an. [3])

---

[1]) v. Bar in GoltdArch. Bd. 19 S. 641; Geyer, Grundriß Bd. 1 S. 205; v. Kirchenheim S. 65; Kohler S. 510; Reber S. 57; Merkel, Lehrb. S. 237; Birkmeyer S. 71; Köhler S. 14; Schütze S. 168 N. 6; Wach in Vergl. Darst. Allgem. Teil Bd. 6 S. 52. Die Begründung ist zum Teil verschieden; das Nähere s. OLG.-Rechtsprechung: OLG. Braunschweig in BraunschwZ. Bd. 30 S. 141, Bd. 31 S. 185; SächsOLG. Bd. 2 S. 533, 537, Bd. 9 S. 205, 208; weitere Nachweise bei Schmidt S. 39 Anm. 4, S. 40 Anm. 1.

[2]) Finger, Strafrecht S. 189.

[3]) Dies ist die herrschende Meinung. Sie wird vertreten: a) in der Wissenschaft von Bennecke-Beling S. 224; v. Liszt S. 199; v. Kries, Lehrb. S. 10; Frank Anm. 2 zu § 61 StGB.; Nessel S. 9; Dochow in HHStr. Bd. 4 S. 442; Lehmann S. 10; Schmidt S. 35; Finger, Lehrb. Bd. 1 S. 189; Meyer-Allfeld S. 268 Anm. 13; Oppenhoff-Delius, Rüdorff-Stenglein Anm. zu § 61 StGB.; Lucas S. 116; Allfeld in Vergl. Darst. Allgem. Teil Bd. 2 S. 168; b) in der Rechtsprechung des Reichsgerichts: E. Bd. 2 S. 221,

Die Mittelmeinung, nach welcher die Bestimmungen über den Strafantrag teils dem materiellen, teils dem formellen Rechte angehören, wird u. a. vertreten von Francke,[1]) Binding,[2]) Klebs,[3]) Samuely,[4]) welcher ausführt, mit Begehung des Antragsdeliktes entstehe zwar ein unbedingter Strafanspruch, doch sei die Verfolgbarkeit durch den Antrag bedingt. Die Bestimmung des Antragserfordernisses gehöre aber als Norm über die Entstehung einer Strafpflicht dem materiellen Rechte an; eine ähnliche Ansicht vertritt Rönne.[5]) Hälschner[6]) meint, der Antrag sei zunächst prozessualischer Natur, womit aber nicht ausgeschlossen sei, daß er zugleich dem materiellen Rechte angehöre, und Olshausen[7]) sagt, das Strafrecht sei vom Antrag bedingt, das materiellrechtliche Institut habe aber eine prozessuale Einkleidung erhalten.

Bd. 4 S. 265, Bd. 6 S. 161, Bd. 12 S. 34, Bd. 27 S. 193; R. Bd. 3 S. 100, 479, Bd. 4 S. 211, Bd. 5 S. 271, Bd. 9 S. 83; KG.: KGJ. Bd. 1 S. 169; GoltdArch. Bd. 29 S. 232; OLG. Breslau in GoltdArch. Bd. 56 S. 99; Cassel in GoltdArch. Bd. 38 S. 79; Colmar in ElsLothrZ. Bd. 9 S. 34, Bd. 11 S. 469, Bd. 13 S. 418, Bd. 35 S. 53, GoltdArch. Bd. 51 S. 208; Jena in ThürBl. Bd. 33 S. 178; Karlsruhe in BadAnn. Bd. 46 S. 375, Bd. 84 S. 231; Kiel in SchlHolstAnz. Bd. 49 S. 126; OLG. MünchenSt. Bd. 2 S. 349 u. 526, Bd. 3 S. 267, 532, 546, Bd. 4 S. 190, 317 (nachdem es früher auf dem entgegengesetzten Standpunkte gestanden); Rostock (zur früheren Ansicht zurückkehrend) in GoltdArch. Bd. 54 S. 104; Oldenburg in GoltdArch. Bd. 51 S. 210; DJZ. 1904 S. 176. Außerdem teilen diese Ansicht die OLG. Frankfurt, Hamburg, Hamm, Königsberg, Marienwerder, Posen (in GoltdArch. Bd. 37 S. 80).

[1]) GoltdArch. Bd. 20 S. 22.

[2]) Handb. Bd. 1 S. 85, 661, Normen 1. Aufl. Bd. 1 S. 19 ff.

[3]) GoltdArch. Bd. 19 S. 576.

[4]) GerS. Bd. 32 S. 18 u. 21.

[5]) GoltdArch. Bd. 19 S. 438.

[6]) Strafrecht Bd. 1 S. 711.

[7]) Anm. 1 zu § 61 StGB.

In der Rechtsprechung wird diese Ansicht vertreten von den Oberlandesgerichten Celle[1]) und Cöln.[2])

Als Grund, weshalb eine strafbare Handlung zum Antragsdelikte[3]) gemacht wird, wird meistens ein doppelter Gesichtspunkt angegeben[4]):

Gewisse Handlungen berühren das Interesse des Staates weniger als desjenige des Verletzten, weshalb der Staat sie nur dann verfolgt, wenn der Verletzte sie durch die Stellung des Antrages als verfolgungsbedürftig bezeichnet.[5])

In anderen Fällen ist zwar vorzugsweise das staatliche Interesse verletzt, doch wird dem Umstande Rechnung getragen, daß die Strafverfolgung, der „strepitus fori", den Verletzten noch einmal, vielleicht empfindlicher als die Tat selbst schädigen würde.

---

[1]) v. 14. 7. 1888 in GoltdArch. Bd. 37 S. 80.

[2]) v. 5. 12. 1904 in GoltdArch. Bd. 52 S. 261.

[3]) Das Institut des Strafantrages ist deutschrechtlichen Ursprunges; historisch erscheint es „als ein Nachklang der exklusiven Privatklage" Bennecke-Beling S. 224), welche zweifellos nicht als Bedingung der Strafbarkeit anzusehen war. Nachdem im Laufe des Mittelalters mit der Erstarkung des Staatswesens und wohl auch unter dem Einfluß der Rezeption sich alle Delikte zu Offizialdelikten entwickelt hatten, finden sich erst wieder in der peinlichen Gerichtsordnung vier Fälle (Notzucht, Ehebruch, Entführung, Verwandtendiebstahl), deren Verfolgung in einem besonderen Privatklageverfahren geregelt war, wobei jedoch die Strafe eine öffentliche blieb. Von da an vermehrte sich die Zahl der Antragsdelikte erst allmählich, in der neueren Gesetzgebung jedoch in rascher Folge, bis sie im Reichsstrafgesetzbuch v. 15. 5. 1870 — im Anschluß an das sächs. Strafgesetzbuch von 1855 — ihren Höhepunkt erreichte. Dann setzte wieder eine rückläufige Bewegung ein (vgl. Binding, Handb. Bd. 1 S. 603 Anm. 2; Beling S. 223, 16, 17), in deren Verfolg das Gesetz v. 26. 2. 1876 den Kreis der Antragsvergehen wieder einschränkte.

[4]) Frank Anm. 1 zu § 61 StGB.; v. Liszt § 45; Meyer-Allfeld S. 270; vgl. aber Gerhard im GerS. Bd. 57 S. 137 ff.

[5]) So bei Beleidigung und leichter Körperverletzung.

Diese Zweiteilung ergibt sich auch aus den Motiven,[1] wenn sie auch gerade zu diesem Punkte äußerst dürftig sind. Auch sie erwähnen einmal den Umstand, daß Antragsdelikte das öffentliche Interesse meist nur in zweiter Linie berühren, an anderer Stelle sagen sie, daß die Interessen des Verletzten häufig eine Geheimhaltung der Tat erfordern oder daß der Eingriff in die Familienverhältnisse zu berücksichtigen sei.

Wenn dies auch die beiden Hauptgründe für die Notwendigkeit des Antragserfordernisses sind, so lassen sich doch nicht alle Fälle hierunter zusammenfassen, z. B. die der §§ 102—104 StGB. Es empfiehlt sich daher mehr die Art der Scheidung der Gesichtspunkte für die Einführung des Antragserfordernisses, wie sie Bluhm[3]) nach dem Vorgang von Schütze[2]) im Anschluß an Mittermaier und Zachariä vornimmt, nämlich mit Rücksicht auf

1. die schwer zu ziehende Grenze zwischen bürgerlichem und strafbarem Unrecht,
2. die Verhältnisse des Staats- und Völkerrechts,
3. den Verletzten selbst und dessen Familien- und häusliches Leben,
4. die vermutliche Unbeweisbarkeit bei mangelnder Mitwirkung des Verletzten,
5. die Regel minima non curat praetor.

Doch ist daran festzuhalten, daß in den meisten Fällen die Anordnung des Antragserfordernisses in Rücksicht auf den Verletzten, nicht des Täters wegen erfolgt ist.

Der § 50 preuß. StGB. lautete: „Ein Verbrechen oder Vergehen, dessen Bestrafung nur auf Antrag einer

[1]) StenB. d. RT. d. Nordd. Bundes 1. LP. Sess. 1870 Bd. 3 S. 58, 67, 69, 72.

[2]) a. a. O. S. 12.

Privatperson erfolgen kann, soll straflos bleiben, wenn die zum Antrag berechtigte Person den Antrag binnen drei Monaten zu machen unterläßt". Diese Fassung erweckt den Anschein, als sollte die Strafbarkeit der Handlung von der Stellung des Antrages abhängen, als sei der Antrag „Bedingung des Strafrechts". Doch wurde schon unter der Herrschaft dieses Gesetzes angenommen,[1]) daß der Antrag nur Voraussetzung der Strafverfolgung sei.

In den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund vom Juli 1869 wurde die Fassung des preußischen Gesetzes aufgenommen, jedoch wurden sie durch die Kommission verändert, so daß der betreffende Paragraph im Entwurf v. 31. 12. 1869 folgendermaßen lautete: „Eine Handlung, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, ist nicht zu verfolgen, wenn der zum Antrage Berechtigte es unterläßt, den Antrag binnen drei Monaten zu stellen". Dieser Wortlaut ist unverändert als § 61 in das geltende Strafgesetzbuch übergegangen.

Hier finden sich allgemeine Bestimmungen über den Strafantrag in den §§ 61—65, im Abschn. 4 unter der gemeinsamen Überschrift „Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern".

Daraus, daß sich diese Bestimmungen im Strafgesetzbuche befinden, darf nicht gefolgert werden, daß sie dem materiellen Rechte angehören. Denn wie sich in der Strafprozeßordnung materielles Recht findet — z. B. in den §§ 497 ff. —, so enthält auch das Strafgesetzbuch Vorschriften rein formeller Natur. Doch dadurch, daß diese Bestimmungen in dem Abschnitt unter der erwähnten Überschrift untergebracht sind, könnte der Anschein erweckt

---

[1]) vgl. Oppenhoff 6. Ausg. 1869 § 50 Nr. 1, 24, 25, 27, 28 (zit. nach Schmidt).

werden, als sei der Antrag ein „materielles“ Erfordernis der Strafbarkeit, der Mangel des Antrages ein Strafausschließungsgrund. Damit steht jedoch die Fassung des § 61 in Widerspruch, wonach die „Verfolgung“ nur auf Antrag stattfindet.[1]) Allerdings ist im allgemeinen im Strafgesetzbuch mit dem Worte „Verfolgung“ kein technischer Sinn nach der Richtung hin verbunden, daß Verfolgung stets im Gegensatz zu Bestrafung stände.[2]) Andererseits aber ist zu beachten, daß die Fassung des § 61 in bewußtem Gegensatz zur entsprechenden Bestimmung des preuß. Strafgesetzbuchs und des 1. Entwurfs gewählt worden ist. Von ausschlaggebender Bedeutung ist die Bestimmung des § 69 Abs. 2 StGB.: „Ist zur Strafverfolgung ein Antrag oder eine Ermächtigung nach dem Strafgesetzbuch erforderlich, so wird der Lauf der Verjährung durch den Mangel des Antrages oder der Ermächtigung nicht gehindert“.

Ein Delikt kann erst verjähren, wenn es in der Welt ist, wenn alle Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Wenn also das Antragserfordernis als materielle Voraussetzung der Strafbarkeit zum Tatbestand gehörte, so könnte die Verjährung auch nicht vor Stellung des Antrages beginnen. Diese Bestimmung läßt jedenfalls erkennen, daß das Strafgesetzbuch dem Antragserfordernis die formelle Natur einer Prozeßvoraussetzung gibt.

Die Lehre vom Strafantrage ist im Strafgesetzbuch nicht erschöpfend enthalten, eine Reihe von hierher gehörenden Bestimmungen findet sich auch in der Straf-

---

[1]) s. auch § 5 Ziff. 3 StPO., worin der Antrag als Bedingung der Verfolgbarkeit bezeichnet wird.

[2]) vgl. z. B. § 63 StGB.: „auf Bestrafung antragen“, § 64: „Antrag auf Bestrafung“; auch §§ 195, 196, 198.

prozeßordnung, und gerade die Bestimmungen, die erkennen lassen, ob der Gesetzgeber dieses Institut als materielles oder formelles angesehen wissen will.

§ 27 Abs. 3 sagt: „Bei strafbaren Handlungen, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, ist die vorläufige Festnahme von der Stellung eines solchen Antrages nicht abhängig".

§ 130 gestattet den Erlaß eines Haftbefehls gegen einen eines Antragsdelikts Verdächtigen, schon bevor der Antrag gestellt ist.

Aus diesen beiden Bestimmungen geht zweifelsfrei hervor, daß die Strafprozeßordnung das Antragserfordernis lediglich als formellrechtliches Institut, als Prozeßvoraussetzung, ansieht.

Die beiden angeführten Paragraphen gestatten die Vornahme prozessualer Sicherungsmittel — im ersten Falle gegen einen bei Begehung eines Antragsdelikts Betroffenen, im zweiten gegen einen eines solchen Verdächtigen — schon vor Stellung des Antrages. Daraus ergibt sich, daß nach der Anschauung des Gesetzes der Strafanspruch nicht erst mit der Stellung des Antrages entsteht; denn die genannten Sicherungsmittel sind nur zulässig gegen Personen, welche im Verdachte stehen, daß gegen sie ein Strafanspruch bereits entstanden ist. Dies steht im Einklang mit dem, was bei Besprechung des § 69 Abs. 2 StGB. (S. 33) gesagt ist.

Daß der Strafantrag prozessuale Natur hat, folgt endlich auch direkt aus § 259 Abs. 2 StPO., welcher vorschreibt, daß bei Mangel eines gesetzentsprechenden Antrages die Einstellung des Verfahrens auszusprechen ist. Dieses ist mit der materiellrechtlichen Natur des Antrages unvereinbar, da in dem Falle ja die Strafbarkeit der Tat nicht gegeben wäre und dementsprechend Freisprechung

erfolgen müßte; vor allem aber müßte Freisprechung bei Rücknahme des Antrages erfolgen.

Das Resultat der vorstehenden Untersuchung ist also das folgende:

Sowohl die Stellung des Strafantrags in der Geschichte als Nachklang der exklusiven Privatklage als auch die Entstehungsgeschichte[1]) der einschlägigen Bestimmungen des Strafgesetzbuches, ferner die Anschauung des Strafgesetzbuches (in § 69 Abs. 2) und vor allem diejenige der Strafprozeßordnung lassen nur den einen Schluß zu, daß der Strafantrag prozessualer Natur sei.

Die Richtigkeit dieser Anschauung ergibt sich auch bei einem Vergleich mit den entgegenstehenden Ansichten. Faßt man den Antrag als eine Bedingung der Strafbarkeit auf, so führt das zu dem Ergebnis, daß die Verbrecheneigenschaft einer Handlung abhängig ist von einer im Belieben eines einzelnen Individuums stehenden Handlung. Bis zur Vornahme dieser Handlung — der Antragstellung — wäre also die Frage, ob eine strafbare Handlung vorliegt, in der Schwebe. Dem stehen aber die Bestimmungen der §§ 127, 130 StPO. entgegen. Diese Einwände treffen sowohl die Ansicht von v. Bar und v. Kirchheim, welche beide die Lehre vom Strafantrag unter die Lehre von der Rechtswidrigkeit subsumieren,[2]) als auch diejenige von Köhler.[3]) Letzterer

---

[1]) Im Urheberrechtsgesetz v. 11. 7. 1870 steht der Antrag unter der Rubrik „Prozessuales".

[2]) s. S. 28 Anm. 1. Nach v. Bar wird die Tat erst dadurch zum Delikt, daß der Verletzte sie als solches empfindet; daß er dies tut, bekundet er durch die Antragstellung. Das trifft aber nicht für die Fälle zu, in denen der Verletzte den Antrag z. B. aus Rache stellt, nicht weil er sich verletzt fühlt oder weil er die Antragstellung unterläßt aus Scheu vor dem Gericht oder Furcht vor dem Täter.

[3]) Die Lehre vom Strafantrag S. 10 ff.

geht zwar davon aus, daß mit der Begehung der strafbaren Handlung auch der Strafanspruch entsteht. Infolge seiner Auffassung von dem Begriffe der „Bedingung der Strafbarkeit" im Verhältnis zu der „Prozeßvoraussetzung" einerseits und infolge seiner Gleichstellung von „strafbarer Handlung" und „strafrechtlich verpöntem Tatbestande" andererseits kommt aber auch er zu dem Ergebnis, daß bis zur Stellung des Antrages ein Verbrechen und damit die Strafbarkeit nur bedingt, also vorläufig noch nicht besteht. Er nennt daher den Antrag eine „äußere Bedingung der Strafbarkeit".

Abgesehen davon, daß die Voraussetzungen, von denen er ausgeht, sehr bestritten sind,[1]) ist auch sein Ergebnis unannehmbar. Denn bis zur Stellung des Antrages besteht auch nach dieser Auffassung ein Schwebezustand: Es ist noch keine strafbare Handlung im Sinne von Verbrechen vorhanden, sondern nur ein strafrechtlich verpönter Tatbestand, der erst durch das Hinzutreten einer äußeren Bedingung (der Antragstellung) zum Verbrechen wird. Die Herbeiführung dieser äußeren Bedingung steht aber lediglich im Belieben des Verletzten; die Folge dieser Konstruktion ist also, genau wie bei der Ansicht v. Bars, die, daß durch einen Akt privater Willkür eine bis dahin straflose Handlung strafbar wird, daß also das staatliche Strafrecht von dem Willen einzelner Personen abhängen soll.

---

[1]) Nach Köhler sind Prozeßvoraussetzungen diejenigen Voraussetzungen, auf deren Eintreten mit den Mitteln des Prozesses hingewirkt werden kann, soweit sie nicht objektiv feststehen (a. a. O.); vgl. dagegen die Begriffsbestimmungen bei Birkmeyer S. 563; Bennecke-Beling S. 10; Francke in GoltdArch. Bd. 20 S. 37; Ullmann S. 260. Gegen seine von Risch übernommene Gleichstellung von „strafbarer Handlung" und „strafrechtlich verpöntem Tatbestande" vgl. Bluhm S. 27.

Diese Ansicht müßte in der Praxis zu Konsequenzen führen, die mit dem Willen des Gesetzes in offenem Widerspruch ständen: Begünstigung und Hehlerei wären bis zur Antragstellung ausgeschlossen, da ja vorher keine strafbare Handlung vorläge; die Verjährung könnte jedenfalls nach der Ansicht v. Bars erst mit der Antragstellung beginnen. Die Bestimmungen der §§ 127, 130 StPO. wären vom Standpunkte dieser Konstruktion aus völlig unerklärbar.

Von den Vertretern der Mittelmeinung nähert sich Olshausen so sehr der Ansicht v. Bars, daß das dort Gesagte auch für ihn gilt. Denn nach ihm ist das Institut des Strafantrages seinem Wesen nach materiellrechtlich, nur die äußere Einkleidung ist prozessual. Die von Hälschner[1]) vertretene Meinung, der Strafantrag sei zwar zunächst prozessualischer Natur, womit aber nicht ausgeschlossen sei, daß er dem materiellen Rechte angehöre, er habe also eine Doppelnatur, ist deshalb logisch unannehmbar, weil die Folgen ganz verschieden sind, je nachdem man ihm materiellen oder prozessualen Charakter zubilligt.

Näherer Darlegung bedarf noch die Ansicht von Samuely;[2]) er geht davon aus, daß durch die Begehung eines Antragsdeliktes für den Staat ein unbedingter Strafanspruch mit bedingter Verfolgbarkeit entstehe, eine Strafpflicht aber erst mit der Stellung des Antrages. Als Norm über die Entstehung einer Strafpflicht gehöre aber die Bestimmung des Antragserfordernisses dem materiellen Rechte an. Dem ist entgegenzuhalten, daß wenn ein unbedingtes Strafrecht des Staates entsteht, damit auch zugleich eine unbedingte Strafpflicht entstanden ist, denn es

---

[1]) Und ähnlich Binding, Klebs und Francke.

[2]) s. S. 29.

ist ein anerkannter Satz — jedenfalls auf dem Gebiete der Rechtspflege —, daß jedes Handlungsrecht des Staates zugleich die Handlungspflicht in sich schließt. Die Pflicht der Strafverfolgung kann also nur dadurch ausgeschlossen werden, daß das Strafrecht (der Strafanspruch) ausgelöscht wird. Denn solange der Strafanspruch besteht, besteht auch die Strafverfolgungspflicht.

Ein weiterer Widerspruch in der Lehre Samuelys zeigt sich im folgenden: In jedem Strafanspruch ist nach ihm die Befugnis der gerichtlichen Geltendmachung — also der Strafverfolgung — eingeschlossen, welche eine dem Strafanspruch innewohnende Potenz, eine ihm immanente Kraft ist. Damit will er sagen, daß den wesentlichen Inhalt, das wichtigste Merkmal des Strafanspruchs die Verfolgbarkeit bildet. Ist aber dieser wesentlichste Inhalt, dieser wichtigste Bestandteil des Strafanspruchs bedingt, so muß damit notwendig auch der Strafanspruch selbst bedingt sein. Aber gerade hiergegen wendet sich Samuely selbst.

Im vorstehenden ist nur ausgeführt, daß die Vorschrift über das Antragserfordernis als solches, die im Gesetz meist durch den Satz „Die Verfolgung findet nur auf Antrag statt" ausgedrückt ist, dem Prozeßrechte angehört. Doch enthalten das Strafgesetzbuch und die Prozeßordnung noch anderweitige Vorschriften über den Strafantrag, deren Rechtsnatur einzeln zu prüfen ist.

Das Gesetz sagt zwar nicht unmittelbar, wer berechtigt ist, den Antrag zu stellen. Es spricht nur allgemein vom Antrage des Verletzten;[1]) wer der Verletzte und damit der Antragsberechtigte ist, das bestimmt sich jeweils nach dem materiellen Strafrecht, nach dem konkreten Verbrechens-

---

[1]) §§ 5 Nr. 3 u. 65 StGB.

tatbestande. Außerdem ist das Antragsrecht kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift verschiedenen anderen Personen (oder Behörden) gewährt: in §§ 102 u. 103 der auswärtigen Regierung, in § 104 dem Beleidigten,[1]) in § 170 dem getäuschten Ehegatten,[1]) in § 182 den Eltern oder dem Vormund der Verführten, in § 189 den Eltern, Kindern oder dem Ehegatten des Verstorbenen, in § 195 auch dem Ehemann der beleidigten Ehefrau, in § 196 auch den amtlichen Vorgesetzten der unmittelbar Beteiligten, in § 232 ebenfalls auch den Ehemännern oder amtlichen Vorgesetzten und in § 288 endlich dem Gläubiger. Wer hiernach der zum Antrage Berechtigte ist, bestimmt sich nach dem jeweils in Frage kommenden materiellen Recht, vorzugsweise dem Zivil- (besonders Familien-) und Staatsrecht. Dies gilt auch von § 65 StGB., insofern auch hier der Verletzte und die sonstigen dort genannten Antragsberechtigten, ebenso wie die Begriffe der Minderjährigkeit und Geschäftsunfähigkeit nur auf Grund des materiellen Straf- und Privatrechts festgestellt werden können.

Die Vorschriften über die Berechtigung zum Strafantrage gehören also dem materiellen Rechte an; ihre Verletzung begründet daher nach § 380 StPO. die Revision.[2])

Das gleiche muß auch von dem Erlöschen des Antragsrechtes gelten. Denn wollte man den Strafanspruch trotz des durch das Erlöschen des Antragsrechtes herbeigeführten endgültigen Wegfalls der Verfolgungsmöglichkeit bestehen lassen, so bliebe er doch nur ein wesenloses Scheinding. Man darf daher annehmen, daß das Gesetz wirklich den Wegfall des Strafrechts bezweckt. Das Antragsrecht erlischt mit Ablauf der in § 61 StGB. gesetzten

[1]) Also dem unmittelbar Verletzten.

[2]) OLG. Rostock in GoltdArch. Bd. 54 S. 104.

Dreimonatsfrist und durch Zurücknahme des Antrages (§ 64 StGB.).[1])

Der aus § 62 zu folgernden Bestimmung, daß mehrere Antragsberechtigte in bezug auf die Antragsstellung vollkommen selbständig, unabhängig voneinander, dastehen, kann ebensowenig eine selbständige materielle Bedeutung zugesprochen werden wie der Vorschrift des § 63 StGB., wonach der Antrag nicht geheilt werden kann.

Die zum Strafantrag in Beziehung stehenden Vorschriften der Strafprozeßordnung vollends sind alle rein formaler Natur.

V.

Die rechtliche Natur des Institutes der Verjährung bildet ebenfalls den Gegenstand einer alten Streitfrage. Es lassen sich die folgenden Gruppen von Meinungen unterscheiden:

1. Die Verjährung ist ein rein materiellrechtliches Institut; durch Zeitablauf wird die Strafbarkeit der Handlung getilgt, das Verbrechen aus der Welt geschafft. Man spricht hier von Verbrechensverjährung. Diese Ansicht wird vertreten von Binding, Grundriß zu Vorlesungen über Strafrecht Bd. 2 S. 165,[2]) Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht S. 695 (wenigstens grundsätzlich, de lege lata neigt er der vierten Gruppe zu), Heinze in HStr. Bd. 1 S. 601, v. Wächter, Vorlesungen über deutsches Strafrecht S. 302.

---

[1]) OLG. Karlsruhe bezeichnet die Vorschriften über Form und Frist des Antrages als prozessual (BadRpr. Bd. 75 S. 74).

[2]) Im Handb. des Strafrechts bekennt Binding sich zu der entgegengesetzten Ansicht, daß die Verjährung ein rein prozessuales Institut sei.

2. Auch diese Gruppe sieht die Bestimmungen über die Verjährung als dem materiellen Rechte zugehörig an; doch soll nicht das Verbrechen selbst, sondern der staatliche Strafanspruch getilgt werden. So Berner, Lehrb. 13. Aufl. S. 331, 336; Francke in GoltdArch. Bd. 20 S. 23 ff.; Dalcke Anm. 47 zu § 380 StPO.; Finger, Lehrb. Bd. 1 S. 575; Meyer-Allfeld S. 284 Anm. 2; v. Liszt, Lehrb. S. 290; Samuely im GerS. Bd. 32 S. 5, 22, 26; Schütze, Lehrb. S. 211.

3. Eine dritte Gruppe sieht in den Bestimmungen über die Verjährung solche wesentlich prozeßrechtlichen Charakters: Binding, Handb. S. 823; Oppenhoff-Delius zu § 66 Nr. 1; Rüdorff-Stenglein zu § 66 StGB. Nr. 2, 3.

4. Nach der Meinung einer vierten Gruppe hat die Verjährung einen gemischten, materiellen und formellen Charakter und bildet eine „negative Prozeßvoraussetzung". So Olshausen, Komm. zu § 66 Nr. 2 u. 7 und ähnlich (de lege lata) Hälschner S. 69; ferner Risch im GerS. S. 246, 258 usw.; Eisler in GrünhutsZ. Bd. 17 S. 610, welch letzterer sich ausdrücklich der Meinung von Risch und Olshausen anschließt; Löwe Anm. 2 b zu § 380 StPO.

Die Streitfrage ist nicht mehr von großer praktischer Bedeutung, da sich sowohl beim Reichsgericht als auch bei den meisten Oberlandesgerichten eine feste einheitliche Rechtsprechung entwickelt hat, die sich für die unter 2 angeführte Meinung entschieden hat.

Daß die Unterbringung einer Gesetzesbestimmung im Strafgesetzbuch kein Beweis für die materiellrechtliche Natur dieser Bestimmung ist, darauf ist schon in dieser Arbeit hingewiesen worden. Aber auch der Inhalt der einschlägigen Vorschriften des Strafgesetzbuches läßt ebenso-

wenig wie deren Entstehungsgeschichte mit Klarheit erkennen, welchen Standpunkt das Gesetz bezüglich der Bestimmungen über die Verjährung einnimmt.

Es handelt zwar von der Verjährung im 4. Abschnitt, der die Überschrift trägt: „Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern“, woraus man vielleicht auf ihren materiellrechtlichen Charakter schließen könnte. Doch befinden sich hier auch die Vorschriften über den Strafantrag, der ja prozessualer Natur ist. Andererseits spricht das Gesetz von Verjährung der „Strafverfolgung“, was aber, wie S. 33 dargelegt, auch keinen Schluß darauf zuläßt, welchen Rechtscharakter sie tragen soll, da es mit dem Begriff der Strafverfolgung keinen technischen Sinn verbindet. Nur das wird — wie aus der einheitlichen Regelung der diesbezüglichen Bestimmungen in dem genannten Abschnitt des Strafgesetzbuches hervorgeht — mit der herrschenden Meinung als feststehend angenommen werden müssen, daß das Strafgesetzbuch die Strafverfolgungs- und Strafvollstreckungsverjährung als ein einheitliches, denselben Charakter tragendes Rechtsinstitut ansieht.

Eine einmal begangene strafbare Handlung bleibt stets eine strafbare Handlung. Das Gesetz ist nicht in der Lage, zu bestimmen, daß nach Ablauf einer gewissen Zeit die Tat selbst oder ihr Deliktscharakter beseitigt, sie aus einem Verbrechen zu einem Nichtverbrechen werden soll. Das wäre widersinnig. Das Gesetz kann nur vorschreiben, daß die rechtlichen Folgen der strafbaren Handlung infolge des Zeitablaufs nicht verwirklicht werden sollen, daß der Staat von seinem Strafrecht keinen Gebrauch machen darf.

Schon aus dieser allgemeinen Erwägung geht hervor, daß die Verjährung des Strafgesetzbuches keine „Ver-

brechensverjährung" in dem Sinne sein kann, daß „die früher verbrecherische Tat in jeder Beziehung rechtlich irrelevant geworden ist".[1]) Die Folge hiervon wäre, daß mit Eintritt der Verjährung auch die Strafbarkeit jeder Art von (nicht verjährter) Teilnahme an dem Verbrechen weggefallen sein würde, was jedoch, wie aus § 68 Abs. 2 StGB. hervorgeht, nicht der Fall ist. Auch dürfte die Tat nicht mehr zum Beweise der Gewohnheitsmäßigkeit, des Rückfalls verwendet werden.

Bei der Vollstreckungsverjährung kann vollends von einer Tilgung des Verbrechens nicht die Rede sein. Denn diese hat ja gerade die rechtskräftige Feststellung des Verbrechens zur Voraussetzung.

Die Ansicht von der „Verbrechensverjährung" ist also sowohl wegen ihrer Voraussetzungen als ihrer Konsequenzen unhaltbar.

Ebenso unannehmbar ist die entgegengesetzte Ansicht, daß das Institut der Verjährung rein prozessualer Natur sei (Gruppe 3). Denn diese Meinung ignoriert vollkommen die jedenfalls vorhandene starke materiellrechtliche Seite dieser Bestimmungen, das zweifellos materielle Recht des Täters auf Straflosigkeit, unter einseitiger Betonung der formalen Seite, der Unmöglichkeit einer Strafverfolgung.

Von den beiden übrigbleibenden Ansichten erscheint diejenige als die richtige, nach welcher durch die Verjährung der staatliche Strafanspruch zugrunde geht.[1])

---

[1]) Finger a. a. O. S. 574.

[2]) Die Literatur s. S. 41. Rechtsprechung: E. Bd. 6 S. 38, Bd. 12 S. 434, Bd. 36 S. 31; KG. in KGJ. Bd. 2 S. 240, Bd. 4 S. 245; OLG. Celle in GoltdArch. Bd. 37 S. 312, Colmar in ElsLothrZ. Bd. 9 S. 230, Bd. 32 S. 595, Cöln v. 23. 8. 1883 im RheinArch. Bd. 74 S. 32, Hamburg v. 27. 10. 1888 u. 27. 3. 1890 in GoltdArch. Bd. 37 S. 87 und Bd. 38 S. 217, Jena v. 5. 10. 1905 in ThürBl. Bd. 53 S. 196,

Da das Gesetz und die Motive über die rechtliche Natur der Verjährung keinen Aufschluß geben, so läßt sich dieselbe nur erforschen, indem man nach den allgemeinen Gründen dieses Instituts sucht.

Dieser Grund ist, wenn nicht lediglich, so doch weit überwiegend im Zeitablauf zu finden; zwar nicht in dem Sinne, als ob die Zeit kraft einer ihr innewohnenden, übernatürlichen Macht in der Lage wäre, die strafbare Handlung ungeschehen zu machen, Unrecht in Recht zu verwandeln.[1])

Vielmehr trägt die Rechtsordnung, von praktischen Erwägungen ausgehend, lediglich „der Macht der Tatsachen"[2]) Rechnung, indem sie durch den Zeitablauf das Strafbedürfnis als erloschen betrachtet. Während einerseits eine Reihe von Momenten, die für das Wesen der strafbaren Handlung von Bedeutung waren — z. B. die Schädigung des Verletzten, das Schuldbewußtsein beim Täter —, ihre Kraft verlieren, erscheinen auf der anderen Seite neu hinzugetretene Faktoren, welche durch ihr langes Bestehen Anspruch auf rechtliche Anerkennung erworben haben. Diesen neuen Verhältnissen gegenüber würde, da das Bedürfnis nach einer Bestrafung geschwunden ist, eine jetzt noch verhängte Strafe als ungerecht erscheinen, oder — wie v. Liszt S. 295 sagt — „die Wirkung der Strafe dem Täter, dem Verletzten und allen übrigen gegen-

---

Rostock v. 2. 7. 1907 in MecklZ. Bd. 26 S. 157. Außerdem stehen auf diesem Standpunkte die OLG. Hamm, Königsberg, Marienwerder, Naumburg, Oldenburg, Stettin, zit in GoltdArch. Bd. 37 S. 87 Anm. 21; and. M. Breslau v. 21. 4. 1904 in GoltdArch. Bd. 51 S. 376, Posen v. 1. 6. 1881 u. 10. 12. 1884 in GoltdArch. Bd. 37 S. 87 N. 21. Weitere Judikatur s. bei Schmidt S. 44/45.

[1]) So Abegg S. 25 ff.

[2]) v. Liszt a. a. O. S. 295.

über steht in keinem Verhältnis zu den Schwierigkeiten und Unsicherheiten, zu dem störenden Eingriff in neugegründete, tiefgewurzelte und weitverzweigte Verhältnisse".

Gegenüber diesen Gründen materiellrechtlicher Natur kann der prozessuale Gesichtspunkt von der eventuellen Schwierigkeit einer einwandfreien Beweisführung nach so langer Zeit nur von sekundärer Bedeutung sein.

Danach ist also das Institut der Verjährung in seinem Wesen materiellrechtlicher Natur. Nur wenn man hiervon ausgeht, läßt sich die einheitliche Regelung der Strafverfolgungs- und Vollstreckungsverjährung rechtfertigen, da ja die letztere jedenfalls materiellrechtlichen Charakter trägt. Außerdem ist diese Ansicht die einfachere und natürlichere.

Nach der besonders von Risch[1]) verteidigten Meinung gehört die Verjährung sowohl dem materiellen als auch dem prozessualen Rechte an. Die prozessuale Seite sieht er darin, daß durch die Verjährung dem Staate das Strafklagerecht entzogen wird („Entziehung seiner Aktionsfähigkeit"). Die Hinderung der prozessualen Aktion sei das Medium, gleichsam der Angriffs- und Durchgangspunkt für die anspruchvernichtende Wirkung der Verjährung.[2]) Danach wird also der Anspruch nicht direkt durch die Verjährung zerstört, sondern erst mittelbar durch Entziehung seiner Aktionsfähigkeit. v. Risch gerät aber mit sich selbst in Widerspruch, wenn er an anderer Stelle[3]) sagt, nach dem Grundgedanken des Instituts (der Verjährung) sei die materiellrechtliche Funktion die prinzipale, gleichsam ursächliche; die Bestrafung unterbleibe nicht,

---

[1]) GerS. Bd. 36 S. 241; ebenso Olshausen, Komm. z. StGB. zu § 66.

[2]) a. a. O. S. 258.

[3]) a. a. O. S. 282.

weil keine Klage mehr zur Verfügung stehe, sondern umgekehrt, die Klage sei versagt, weil keine Bestrafung mehr stattfinden solle. Warum er trotz dieser Voraussetzungen sagt, die Entkräftung des Strafanspruchs geschehe durch das Medium der Verweigerung der prozessualen Aktion, ist nicht einzusehen. Ist der Wegfall des Strafanspruchs die prinzipale Funktion der Verjährung, so wird er bewirkt direkt durch den Zeitablauf selbst, nicht erst durch das Medium des Wegfalls der Straffrage. Diese materiellrechtliche Funktion ist dann nicht nur „gleichsam", sondern tatsächlich ursachlich für die Verweigerung der prozessualen Aktion. Es wäre auch nicht zu verstehen, weshalb das Gesetz die Absicht haben sollte, „den materiellrechtlichen Erfolg auf dem prozessualischen Umweg statt direkt zu erreichen".[1] [2]

Endlich spricht noch der Umstand gegen die Doppelnatur des Instituts der Verjährung, daß die Rechtsfolgen ganz verschieden sind, je nachdem man es als materiellrechtliches oder prozessuales Institut behandelt.

Steht man auf dem Standpunkte, daß durch die Verjährung der materielle Strafanspruch des Staates getilgt wird und daß infolgedessen auch das Institut selbst materiellrechtlicher Natur ist, so muß man konsequenterweise auch annehmen, daß diejenigen Bestimmungen, welche den Untergang des Strafanspruchs durch Verjährung verhindern sollen, ebenfalls dem materiellen Rechte angehören. Eine solche Bestimmung ist im § 68

---

[1]) v. Kries a. a. O. S. 8.

[2]) vgl. E. Bd. 14 S. 382, wonach die Verjährung zunächst ein prozessuales Hindernis darstellt, aber auch materiellrechtliche Bedeutung hat. Das zunächst kann hier wohl nur in dem Sinne gemeint sein, daß die prozessuale Wirkung diejenige ist, welche zuerst in die Augen fällt, was aber nicht ausschließt, daß sie die Folge der materiellen Wirkung ist.

StGB. enthalten: „Jede Handlung des Richters, welche wegen der begangenen Tat gegen den Täter gerichtet ist, unterbricht die Verjährung".

Dahin gehört ferner die Bestimmung des § 69 StGB. über das Ruhen der Verjährung. Durch diese Vorschrift soll der vorzeitige Untergang des Strafanspruchs verhindert werden, wenn der Strafverfolgung auf Grund gesetzlicher Vorschriften aufschiebende Hindernisse entgegenstehen.

Die Strafprozeßordnung enthält die Verjährung betreffende Bestimmungen in den §§ 208 Abs. 2, 262 Abs. 3, 453 Abs. 4, 459 Abs. 3. Die Vorschriften der beiden letzten Paragraphen besagen, daß polizeiliche Strafverfügungen und Strafbescheide der Verwaltungsbehörden wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben in betreff der Verjährung wie richterliche Handlungen wirken. Sie enthalten somit Ergänzungen der eben erwähnten Vorschrift des § 68 StGB., gehören also dem materiellen Rechte an. § 208 Abs. 2 enthält keine Vorschrift über die Verjährung, sondern zieht nur eine Folgerung aus § 68 Abs. 3 StGB., und § 262 Abs. 3 betrifft lediglich die prozessuale Behandlung der Verjährung, weshalb diese Bestimmung eine Vorschrift über das Verfahren ist.

Das Ergebnis der Untersuchung über die Vorschriften der Verjährung ist dies, daß die sämtlichen diesbezüglichen Vorschriften — mit Ausnahme der letzterwähnten des § 262 Abs. 3 StPO. — dem materiellen Rechte angehören und somit nach § 380 StPO. geeignet sind, die Revision gegen Berufungsurteile der Landgerichte zu stützen.

VI.

Der durch die Einführung des § 380 StPO. erfolgte Ausschluß der Revision wegen selbst wesentlicher Formverletzung ist geeignet, ganz absonderliche Resultate herbeizuführen. Zur Erläuterung mögen zwei Beispiele dienen.

Hat der Richter einen Beweisantrag auf Grund eines materiellen Rechtsirrtums abgelehnt, so kann auf die materielle Rechtsverletzung eine Revision nur gestützt werden, wenn sie sich aus der nach § 243 StPO. erforderlichen Begründung des Ablehnungsbeschlusses ergibt. Ist aber eine solche Begründung pflichtwidrig nicht erfolgt, so kann nur dieser prozessuale Fehler der Unterlassung gerügt werden, und dieser ist nach § 380 zur Revision nicht geeignet. Sonach ist die Entscheidung, wie v. Kries (Rechtsmittel S. 252) zutreffend ausführt, um so unanfechtbarer, je mangelhafter das Verfahren war.

Ferner ist dem ganz gleichen Verbot der reformatio in peius in den §§ 372 u. 398 Abs. 2 durch den § 380 StPO. eine ganz verschiedene Wirkung beigelegt worden. Nach seiner ausdrücklichen Bestimmung ist es als eine Rechtsnorm über das Verfahren anzusehen. Verletzt also der Berufungsrichter den § 372, so kann eine Revision hierauf nicht gestützt werden. Wird dagegen dieses selbe Verbot von dem Instanzrichter verletzt, an den die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen wurde (§ 398 Abs. 2), so ist durch die Ausnahme des § 380 hier die Revision zulässig. Zu diesen inneren Widersprüchen der Gesetzesbestimmung sind noch die vielen sich widersprechenden Entscheidungen über die Frage, welche Vorschriften zu den Normen über das Verfahren gehören, in der Rechtsprechung getreten. Die dadurch herbeigeführte

Unsicherheit wird allseitig als ein unhaltbarer Zustand empfunden. Dem haben die neuen Entwürfe einer Strafprozeßordnung Rechnung getragen (vgl. Begr. z. N. E. Bd. 1 S. 311, Bd. 2 S. 184), so daß die Beseitigung des § 380 StPO. nur noch eine Frage der Zeit sein dürfte.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.